
HDI
HL 1011 Z
Digitized by Google


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Zeitschrift für Rechtspflege

in Bayern

Herausgegeben von

Th. von der Pfordten

Kgl. II. Staatsanwalt im Kgl. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

II. Jahrgang 1906.



München 1906.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Druck: Dr. F. P. Datterer & Cie., Freising.

Inhaltsverzeichnis zum Register.

I. Systematisches Verzeichnis.

A. Abhandlungen.

B. Mitteilungen aus der Praxis.

C. Praxis der Gerichte.

D. Notizen.

II. Alphabetisches Verzeichnis.

III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

V. Besprochene Bücher und Zeitschriften.

I. Systematisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A. Abhandlungen.

1. Bürgerliches Recht.

a) Reichsrecht.

b) Landesrecht.

2. Handelsrecht, Gewerberecht.

3. Zivilprozeß.

4. Zwangsversteigerung.

5. Strafrecht.

6. Strafprozeß.

7. Militärstrafrecht.

8. Gebührenwesen.

9. Justizverwaltung, Polizeirecht, Finanzwesen.

10. Allgemeine juristische und rechtspolitische Fragen.

B. Mitteilungen aus der Praxis.

1. Bürgerliches Recht.

a) Reichsrecht.

b) Landesrecht.

2. Handelsrecht.

3. Zivilprozeß. Konkurs.

4. Zwangsversteigerung.

5. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Grundbuchwesen.

6. Gerichtskosten und Gebühren.

7. Strafrecht.

8. Strafprozeß.

9. Justizverwaltung. Verwaltung.

C. Praxis der Gerichte.

RG. bedeutet Reichsgericht, ObLG. = Oberstes Landesgericht, OLG. = Oberlandesgericht, LG. = Landgericht, VGH. = Verwaltungsgerichtshof).

1. Bürgerliches Recht.

A. Reichsrecht.

a) Allgemeine Lehren.

b) Recht der Schuldverhältnisse.

1. Allgemeine Lehren.

2. Einzelne Schuldverhältnisse.

c) Sachenrecht.

d) Familienrecht.

e) Erbrecht.

f) Einführungs- und Uebergangsrecht.

B. Landesrecht.

2. Handels- und Wechselrecht.

3. Urheberrecht, Verlagsrecht u. dgl.

4. Genossenschaftsrecht, Gewerberecht, Versicherungsrecht u. dgl.

5. Zivilprozeß.

6. Konkursverfahren. Anfechtungsrecht.

7. Zwangsversteigerung.

8. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

9. Grundbuchwesen.

10. Gerichtskosten und Gebühren.

11. Strafrecht.

A. Reichsrecht.

a) Strafgesetzbuch.

b) Nebengesetze.

B. Landesrecht.

12. Strafprozeß.

13. Justizverwaltung. Verwaltung.

D. Notizen.

1. Bürgerliches Recht. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Zwangsversteigerung.

2. Strafprozeß.

3. Justizverwaltung.

4. Verwaltung.

5. Finanzwesen. Gebühren.

6. Statistik.



II. Alphabetisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

C.

D.

G.

H.

I (i).

J (j).

K.

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

(Die **fetten** Zahlen bedeuten die §§ oder Artikel, die kleinen die Seiten).

A. Reichsgesetze.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

2. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

3. Handelsgesetzbuch.

4. Wechselordnung.

5. Genossenschaftsgesetz.

6. Gesetz über die Gesellschaften m. b. H.

7. Patentgesetz.

8. Verlagsgesetz.

9. Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

10. Gesetz betr. den Schutz der Gebrauchsmuster.

11. Gesetz über den unlauteren Wettbewerb.

12. Börsengesetz.

13. Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte.

14. Gewerbeordnung.

15. Personenstandsgesetz.

16. Haftpflichtgesetz.

17. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz.

18. Unfall-Versicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft.

19. Krankenversicherungsgesetz.

20. Zivilprozeßordnung.

21. Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

22. Gerichtsverfassungsgesetz.

23. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

24. Konkursordnung.

25. Anfechtungsgesetz.

26. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

27. Einführungsgesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

28. Gerichtskostengesetz.

29. Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

30. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.

31. Rechtsanwaltsordnung.

32. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

33. Grundbuchordnung.

34. Strafgesetzbuch.

35. Militärstrafgesetzbuch.

36. Vereinszollgesetz.

37. Gesetz betr. die Ausführung des Zollkartells mit Oesterreich-Ungarn vom 9. Juni 1895.

38. Nahrungsmittelgesetz.

39. Weingesetz.

40. Margarinegesetz.

41. Depotgesetz (Gesetz vom 5. Juli 1896).

42. Preßgesetz.

43. Strafprozeßordnung.

44. Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung.

45. Militärstrafgerichtsordnung.

B. Landesgesetze.

1. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

2. Gesetz, Uebergangsvorschriften betr.

3. Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung und Konkursordnung (ältere Fassung).

4. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

5. Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung und zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

6. Hypothekengesetz.

7. Gesetz betr. die Ueberleitung von Hypotheken.

8. Notariatsgesetz.

9. Notariatsgesetz von 1861.

10. Gesetz, das Unschädlichkeitszeugnis betr.

11. Subhastationsordnung.

12. Jagdgesetz.

13. Forstgesetz.

14. Weidegesetz.

15. Flurbereinigungsgesetz.

16. Gesetz betr. die Fortsetzung der Grundentlastung.

17. Gesetz über das Gebührenwesen.

18. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch.

19. Ausführungsgesetz zur Strafprozeßordnung.

20. Polizeistrafgesetzbuch.

21. Rechtsrheinische Gemeindeordnung.

22. Pfälzische Gemeindeordnung.

23. Distriktsratsgesetz.

24. Verwaltungsgerichtshofsgesetz.

25. Gesetz betr. die Zwangserziehung.

26. Vereinsgesetz.

27. Ausführungsgesetz zum land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherungsgesetz.

28. Kapitalrentensteuergesetz.

29. Einkommensteuergesetz.

C. Ausländische Gesetze.

Oesterreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

D. Anhang. Einzelne wichtige Dienstesvorschriften.

1. Dienstanweisung für die Grundbuchämter.

2. Nachlaßordnung.

3. Hinterlegungsordnung.

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

(Hier sind nur die Mitarbeiter berücksichtigt, die sich durch Einsendung von Abhandlungen und Mitteilungen aus der Praxis beteiligt haben.)

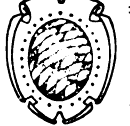
V. Besprochene Bücher und Zeitschriften.

Nr. 1. München, den 1. Januar 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Rechtskraft, Vollstreckungsrecht und Verstoß gegen die guten Sitten.

Studie über § 826 BGB.

Von Univ.-Professor **Dr. G. Kleinfeller** in Kiel.

Die Wohltat der Geltung eines BGB. für das Deutsche Reich hat die Neigung erzeugt, den Sätzen dieses BGB. einen Einfluß zuzuschreiben, der mit der Geltung anderer Reichsgesetze nicht vereinbar ist. Diese gefährliche den Art. 32 EG. z. BGB. vollständig übersehende oder doch mit Stillschweigen übergehende Neigung ist z. B. hervorgetreten hinsichtlich der Anwendung der Normen des BGB. auf das Anfechtungsrecht der Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens und des Konkursverwalters, bei der Beurteilung des Prozeßvergleichs, sowie der Anfechtbarkeit von Anerkenntnissen und Verzichten im Prozeß, besonders auffallend bei Beantwortung der Frage, ob der Gläubiger, welcher im Besitz einer den Gegner verurteilenden rechtskräftigen Entscheidung ist, durch den Betrieb der Vollstreckung dann eine unerlaubte, ja sogar strafbare Handlung (Erpressung) begeht, wenn er weiß, daß der Gegner ihm nach dem vorprozessualen Tatbestande nichts schuldete und das verurteilende Erkenntnis lediglich durch das Verhalten des Gegners (Unterlassungen, Versäumnisse, Verfügungen) ermöglicht wurde.[1])

I.

So gewiß das BGB. für die Beurteilung der Frage nach der Rechtswidrigkeit einer Handlung aus dem Verkehrsleben sehr häufig entscheidende Sätze an die Hand gibt, so entschieden muß doch dagegen Widerspruch erhoben werden, daß ausschließlich das BGB. die Grundlage der Beurteilung sein könne. Unzähligemal kann der Richter nur aus dem öffentlichen Rechte die Norm erkennen, welche auf die Frage Antwort gibt, ob der Handelnde etwa ein Berufsrecht, ein Amtsrecht, eine Amts- oder Dienstpflicht, eine prozessuale Befugnis wahrgenommen hat, welche die Rechtswidrigkeit seiner Handlung ausschließt. Wenn aber öffentliches und bürgerliches Recht einander zu widerstreiten scheinen, so spricht zunächst nichts für den Vorzug des einen oder des andern, sondern es muß eine Prüfung des Verhältnisses der widerstreitenden Normen stattfinden. Eine Untersuchung über das Verhältnis des bürgerlichen Rechts zum Zivilprozeßrecht hat auch der 1. Strafsenat des Reichsgerichts in seiner oben zitierten Entscheidung vorgenommen; aber diese Untersuchung war nach den in den Urteilsgründen erkennbaren Spuren keine umfassende und tief eindringende, trotzdem das Urteil von der früheren Rechtsprechung des RG. abwich.

Der 2. Strafsenat hatte in einem Urteil vom 11. Dezember 1894 (E. 26, 306) ausdrücklich anerkannt, daß der Betrieb der Vollstreckung auf Grund eines erschlichenen Vollstreckungstitels eine rechtmäßige Handlung ist, auch wenn der betreibende Gläubiger das Bewußtsein hat, daß der Gegner ihm vor Eintritt der Rechtskraft nichts oder nichts mehr oder weniger schuldete und daß der vollstreckbare Titel nur durch Benützung der Versäumnisfolgen erlangt sei. Der 1. Strafsenat des Reichsgerichts sprach im Urteil vom 6. Juni 1901 (E. 34, 282) die entgegengesetzte Ueberzeugung aus und begründete die Nichtberücksichtigung der materiellen Rechtskraft des Titels lediglich damit, daß zwar der 1. Entwurf eines BGB. (§ 191) und die Anlage II der Denkschrift zum Entwurf eines BGB. (§ 293a ZPO.) eine Norm vorgeschlagen hatten, wonach das rechtskräftige Urteil für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien maßgebend sein sollte, daß aber ein entsprechender Satz in das jetzige Gesetz so wenig wie in den

---

[1]) Diese letzte Frage wurde bejaht vom Reichsgericht (E. in St. 34, 282; JS. 46, 75 ff.); ferner von Dernburg, DJZ. 10, 465 ff; Hellwig, K., Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901) S. 16; Höniger DJZ. 10, 1005 ff.; Kohler ZZP. 29, 38. Dagegen vgl. Hellwig, K., Klagrecht und Klagmöglichkeit (1905) S. 78 Anm. 5 und mit sehr ausführlicher Begründung das beachtenswerte Buch von Pagenstecher, M., Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft S. 323 ff. 351 ff.; endlich Schneider, K., Treu und Glauben im Zivilprozesse (1903) S. 37 ff. Anm. 8.

Entwurf zum Gesetz betreffend Aenderungen der Zivilprozeßordnung übergegangen sei. An diese Tatsache knüpft das Reichsgericht die richtige Bemerkung, daß es jetzt an einer ausdrücklichen Regelung der an die Rechtskraft geknüpften materiellen Bemerkungen gebreche, zieht aber daraus den falschen Schluß: „Deshalb bietet sich kein Hindernis, den § 826 BGB. bei seinem ganz allgemeinen Wortlaute auch gegenüber einem rechtskräftig festgestellten Anspruche zur Anwendung zu bringen . . .;" in der weiteren Begründung wird die Benützung eines nur durch die Versäumnis des Gegners erlangten Titels ein Mißbrauch genannt, welcher sich „auf das zweifelloseste als vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Zufügung eines Schadens" kennzeichne. „Hieraus aber folgt ferner, daß nach dem von Rücksicht auf Billigkeit und guten Glauben beherrschten Standpunkte des BGB. auch ein rechtskräftiger, vollstreckungsreifer Anspruch das Wesen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils an sich tragen kann." Zweifellos ist an dieser Ausführung, abgesehen von den geschichtlichen Tatsachen, nur das eine, daß das Reichsgericht einen Gedankensprung gemacht hat; denn aus dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung über die an die Rechtskraft geknüpften materiellen Wirkungen folgt weder der Mangel einer jeden Norm noch die Geltung einer solchen Norm über die Rechtskraftwirkung, welche mit der Anwendung des § 826 BGB. verträglich ist. Wenn irgend ein Schluß aus den mitgeteilten Tatsachen gezogen werden darf, so kann es nur der sein, daß die materielle Wirkung der Rechtskraft mit dem Inkrafttreten der Zivilprozeßnovelle vom 17. Mai 1898 keine andere geworden ist, als sie bisher war. Bis dahin war aber die allgemeine Ueberzeugung, daß durch die Rechtskraft ein Anspruch entstehen kann, welcher nach dem vorprozessualen Tatbestande nicht vorhanden war und daß umgekehrt ein Anspruch auch durch die Rechtskraft untergehen, vernichtet werden kann.[1])

In der Tat hat der 6. Zivilsenat des Reichsgerichts durch Urteil vom 26. April 1900 anerkannt, daß der Zurückforderung dessen, was auf Grund eines rechtskräftigen Urteils geleistet wurde, die Rechtskraftwirkung entgegenstehe, „es stand im Verhältnis zwischen den Parteien rechtskräftig fest, daß der fragliche Anspruch dem L. einwandfrei zukam" (E. 46, 77). Trotzdem wird in der weiteren Begründung dieses Urteils (S. 79) bemerkt: „Diese Rechtskraftwirkung vermag nicht den fundamentalen Satz außer Kraft zu setzen, wonach die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wenn die Tatsache und die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils gerade durch eine widerrechtliche, strafbare Handlung geschaffen worden sind, so kann dem hierdurch beschädigten Gegner ein Schadenersatzanspruch nicht versagt werden." Indem das Reichsgericht auf ähnliche Entscheidungen (ZS. 1, 97 u. 39, 142) verweist, macht es gegenüber der Verschiedenheit des diesen älteren Urteilen zugrunde liegenden Sachverhalts geltend, es „bestehe grundsätzlich kein Unterschied, ob durch unerlaubte Handlungen prozessuale Akte der Gegenpartei veranlaßt wurden oder ob das Urteil durch betrügliche Täuschung des Richters erwirkt worden ist". Auch durch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Wiederaufnahmeklagen werde ein Schadenersatzanspruch nicht ausgeschlossen (vgl. noch unter IV a. E.). Den gleichen Standpunkt nimmt hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 826 BGB. das von Rehbein in der DJZ. 10, 1109 mitgeteilte Erkenntnis des Reichsgerichts vom 14. Oktober 1905 ein.

Die Fälle mehren sich also, in welchen die Hilfe des § 826 BGB. angerufen wird; an das Reichsgericht gelangt natürlich nur eine kleine Zahl. Ist aber erst die Begehrlichkeit und Denunziationslust der Schuldner in dieser Richtung geweckt, so wird man vielleicht bereuen, diesen Weg gegangen zu sein. Besser ist es schon jetzt, die Gegengründe zu erwägen und zu beherzigen.

II.

Ehe auf das Verhältnis der §§ 823 ff., besonders des § 826 BGB., zur Rechtskraft näher eingegangen wird, muß die allgemeine Frage untersucht werden, welche Bedeutung gegenüber den Tatbeständen der §§ 823 ff. BGB. der Umstand hat, daß die Handlung als Rechtsausübung auftritt. Vor allem ist zu beachten, daß der Berechtigte dem Verpflichteten einen Schaden nicht dadurch zufügen kann, daß er sich dasjenige leisten läßt, worauf er ein Recht hat. Die Tilgung einer Schuld ist kein Schaden für den Schuldner, weil der zum Zwecke der Tilgung eintretenden Minderung seiner Aktiva auch eine gleiche Minderung seiner Passiva entspricht; für seine Leistung erhält er durch die Befreiung von der Schuld ein vollwertiges Entgelt. Aus dem allgemein anerkannten Satze,[1]) daß eine Handlung nicht zugleich rechtmäßig und rechtswidrig sein kann, muß geschlossen werden, daß eine Handlung dann nicht rechtswidrig und deshalb nicht strafbar sein kann, wenn sie sich als Ausübung einer Befugnis z. B. der Vollstreckungsbefugnis eines Vollstreckungsbeamten, der Züchtigungsbefugnis des Lehrers oder Vaters darstellt; erst die Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen einer solchen Befugnis ermöglicht die Annahme einer Rechtswidrigkeit, weil die Hand-

[1]) Hellwig, Rechtskraft S. 7 u. 8. Außer den dort genannten Schriftstellern vgl. auch Bülow, O., Gesetz und Richteramt (1885) S. 6 ff.

[1]) Man darf leider nicht die Unbestreitbarkeit behaupten, seitdem Hellwig, Rechtskraft S. 7 (vgl. auch S. 16) erklärt hat, daß der Gebrauch des Vollstreckungsrechts privatrechtlich als Mißbrauch erscheinen und zu Schadenersatz verpflichten könne, obwohl jener Gebrauch publizistisch nicht zu beanstanden sei.



lung mit dieser Ueberschreitung und, soweit sie reicht, die Eigenschaft verliert, Ausübung einer Befugnis zu sein. Die nämliche Betrachtung muß auch gegenüber den Tatbeständen der unerlaubten Handlungen des BGB. zutreffen; das hieraus folgende Ergebnis entspricht nicht etwa nur dem Wortlaute des § 823, der das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit ausdrücklich hervorhebt, sondern es entspricht dem Wesen jeder unerlaubten Handlung. Es gibt Handlungen, denen gegenüber das Recht sich gleichgültig verhält, die weder erlaubt (berechtigt) noch unerlaubt (rechtswidrig) sind. Wenn aber die Rechtsordnung einen Tatbestand unter den Begriff der unerlaubten Handlung einordnet, wie es mit dem Tatbestande des 25. Titels im 2. Buch des BGB. durch die Titelüberschrift geschehen ist, so wird damit die Handlung als eine **rechtswidrige** erklärt; dem gegenüber fällt die Weglassung des Merkmals rechtswidrig im einzelnen Paragraphen nicht ins Gewicht.

Von dieser Grundlage aus muß die Behauptung als unrichtig abgelehnt werden, daß der Tatbestand des § 826 BGB. auch in einer Handlung gefunden werden könne, welche sich als Ausübung eines Rechtes darstellt. Diesen Standpunkt nimmt auch die Entscheidung des 5. Zivilsenats des Reichs-Gerichts ein (E. 59, 105 und 106), indem sie anerkennt, daß die Berufung auf das Recht aus § 464 BGB. auch gegen eine Klage aus § 829 zuzulassen ist.

Nun liegt der Einwand nahe: wie das Berufsrecht des Arztes, das Züchtigungsrecht des Lehrers durch positive Vorschriften oder durch den Zweck, dort der Heilung, hier der Erziehung, eingeschränkt wird, so bedeutet § 826 BGB. eine **Einschränkung** gegenüber **allen** Rechten, welchen Namen und welche Grundlage sie auch haben mögen, sodaß die Handlung aufhört Rechtsausübung zu sein, sobald der Handelnde vorsätzlich einem andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt. Eine solche Auslegung würde die Grenzen zwischen Sitte und Recht verkennen und wäre deshalb nur annehmbar, wenn das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung enthielte, wodurch die Vermengung von Recht und Sitte sanktioniert wäre. Wenn die Rechtsordnung ein Recht oder eine Befugnis einräumt, so tut sie es aller Regel nach ohne Rücksicht auf die Sitte, weil Rechtsordnung und sittliche Ordnung verschiedene Dinge sind; dies trifft schon zu, wenn das Recht nur im Interesse des einzelnen Rechtssubjekts eingeräumt wird, noch viel mehr aber, wenn ein Recht wie das Vollstreckungsrecht im öffentlichen Interesse, nämlich zur Vermeidung der Selbsthilfe, anerkannt wird. Auch das BGB. hat keineswegs die guten Sitten zu einem alles beherrschenden Prinzip gemacht; die §§ 138, 817, 326 BGB. und Art. 30 EG. z. BGB. räumen der Berücksichtigung der guten Sitten zwar einen großen Spielraum ein, geben aber nicht zu erkennen, daß jeweils die gute Sitte das allein ausschlaggebende Moment sei. Allerdings macht § 826 keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Handlungen, welche eine Rechtsausübung enthalten und anderen Handlungen.[1]) Das Fehlen dieser Unterscheidung in der Wortfassung ist jedoch deshalb unerheblich, weil die Unterscheidung, wie gezeigt, schon im Begriff der unerlaubten Handlung liegt. Dadurch, daß der Tatbestand des § 826 als unerlaubte Handlung bezeichnet wird, ist diese Handlung als eine rechtswidrige bezeichnet; damit aber sind Handlungen der Rechtsausübung vom Tatbestand ausgeschlossen; das Gegenteil hätte als Ausnahme von einer allgemeinen Norm ausdrücklicher Normierung bedurft. § 826 müßte, um auch Handlungen der Rechtsausübung zu treffen, mit den Worten schließen: „auch dann verpflichtet, wenn der Handelnde ein Recht ausgeübt hat“. Die Tragweite eines solchen Satzes wäre unberechenbar; jedenfalls müßte ihm nicht nur die Rechtskraft, sondern auch die Verjährung weichen; wer sich in dem Bewußtsein, daß er nicht erfüllt hat, auf die Verjährung beruft, handelt noch viel mehr gegen die guten Sitten, wie derjenige, der sich auf die Rechtskraft im Bewußtsein beruft, daß er vor Eintritt der Rechtskraft kein Recht hatte. Positiv besteht die Bedeutung des § 826 in seiner jetzigen Fassung darin, daß die vorsätzliche Schadenszufügung als unerlaubte Handlung auch dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn nicht Rechte Dritter verletzt sind, soferne nur die Handlung gegen die guten Sitten verstößt.

Nur mittelbar gesteht das Reichsgericht dem Bestand eines Rechtes einen Einfluß auf die Anwendung des § 826 zu. Das Reichsgericht erkennt (E. ZS. 58, 217) an, daß bei Beantwortung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, Gewicht darauf gelegt werden muß, ob die Handlung nur vermöge der allgemeinen Freiheit oder in Ausübung eines Rechtes vorgenommen worden ist. „Denn an sich besteht keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines

---

[1]) Eine ausdrückliche Beschränkung zugunsten der Handlungen, welche Rechtsausübung sind, enthielt der erste Entwurf zum BGB. § 705, der zweite Entwurf § 749, die Bundesratsvorlage § 811 und die Reichstagsvorlage § 810; vgl. auch die Denkschrift S. 107. Erst die Reichstagskommission hat diese ausdrückliche Beschränkung gestrichen. Der Kommissionsbericht bemerkt hierüber (S. 99) nur: „Die Kommission beschloß nach **kurzer** Diskussion einstimmig die Worte „durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt“ zu streichen. Bestimmend war, daß es nicht gebilligt werden kann, wenn jemand, selbst in der Ausübung eines formalen Rechts, einem andern vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt“. Die Kommission hat sich über die Tragweite dieser Streichung geirrt, und wenn grundsätzlich Erklärungen des Kommissionsberichts für die Auslegung des Gesetzes nicht bindend sein können, so kann noch viel weniger ein Irtum der Kommission über Fundamentalsätze des Rechts und eine Nichtberücksichtigung logischer Folgerungen bindende Kraft haben.

Rechtes zu unterlassen, wenn dieselbe einem andern zum Schaden gereicht, und damit das eigene berechtigte Interesse dem Interesse des andern nachzusetzen. Es müssen eben besondere Umstände vorliegen, um in einem solchen Falle einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen zu dürfen." Der Gedanke wird nur insoweit weiterverfolgt, als verlangt wird, es müsse ein Durchschnittsmaßstab angelegt werden. Wenn der erste Satz dieser reichsgerichtlichen Ausführungen richtig ist, wenn also keine allgemeine Pflicht der gedachten Art besteht, dann könnte eine sittliche Pflicht der geschilderten Art nur beim Vorhandensein eines besonderen Tatbestandes vorliegen; solche besondere Tatbestandsmerkmale bezeichnet aber das Reichsgericht so wenig wie der § 826. Dieser macht ja keine Unterscheidung; wenn er überhaupt auf die Rechtsausübung anwendbar sein soll, dann setzt er eine allgemeine — nicht eine besondere — Pflicht voraus, die Rechtsausübung zu unterlassen, wo von ihr Schaden für einen andern zu befürchten ist und die Schädigung des andern gegen die guten Sitten verstößt. Eine solche allgemeine Pflicht besteht aber gerade deshalb nicht, weil die Einbuße, welche der andere erleidet, nur Schein und kein Schaden ist (s. oben), sowie deshalb nicht, weil sie jeden Verkehr und Fortschritt unmöglich machen würde. Das nämliche Urteil hat (S. 216) den subjektiven Tatbestand des § 826 so umschrieben: „Die Schadenszufügung selbst aber muß eine *vorsätzliche* sein, d. h. der Wille des Handelnden muß auf dieselbe gerichtet sein. Dazu genügt aber, daß der Handelnde bei Vornahme der Handlung das Bewußtsein des schädlichen Erfolges hat"; damit ist das Bewußtsein gemeint, daß der schädliche Erfolg nach menschlicher Erfahrung zu erwarten ist, in diesem Sinne eintreten muß. Soweit nun das Recht auf eine Leistung des andern Teiles gerichtet ist, kann nach dem Obigen dem Leistungspflichtigen ein Schaden durch die Rechtsausübung nicht zugefügt werden; somit ist gerade für die bei der Vollstreckung wichtigen Fälle der subjektive Tatbestand, das Bewußtsein des schädlichen Erfolges ausgeschlossen. Das Bewußtsein, gegen die guten Sitten zu verstoßen, gehört nicht zum Tatbestand und ist daher unerheblich, wenn es etwa in einem konkreten Falle vorliegen würde. Das fehlende Bewußtsein des schädlichen Erfolges könnte dadurch nicht ersetzt werden.

III.

Gegen die Anwendung des § 826 BGB. auf die Ausübung des durch rechtskräftige Entscheidung gewährten Vollstreckungsrechtes sprechen aber noch besondere, aus dem *Prozeßrecht* zu entnehmende, schwer wiegende Gründe. Hier muß an die frühere Bemerkung (I) angeknüpft werden, wonach aus dem Mangel einer ausdrücklichen Norm über die materielle Wirkung der Rechtskraft nicht gefolgert werden darf, daß das Prozeßrecht gar keine Norm hierüber enthalte. Trotz der gelehrten Ausführungen von *Hellwig*,[1]) welcher (abgesehen von den rechtsgestaltenden Urteilen) eine nur prozeßrechtliche feststellende Wirkung der Rechtskraft behauptet, nötigt vor allem der Zweck des Prozesses und nötigen einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu der Annahme, daß durch rechtskräftiges Urteil *materielle Veränderungen* erzielt, Rechtsverhältnisse und Ansprüche sowohl begründet als vernichtet werden können.

Der Prozeßzweck, Rechtsgewißheit zu schaffen, kann nur verstanden werden als Zweck, *Gewißheit* über das *materielle* Recht zu schaffen: res judicata jus facit inter partes. Diese Gewißheit über das materielle Recht wird nur erreicht, wenn der Inhalt des Urteils für die Parteien maßgebend ist, trotzdem der Richter sich über das Recht oder über die Tatsachen geirrt hat, trotzdem die Parteien durch Anerkenntnisse, Verzichte, Geständnisse, Unterlassungen aller Art eine Urteilsgrundlage geschaffen haben, welche mit dem wahren Sachverhalt nicht übereinstimmt. Leugnet man, daß mit dem Eintritt der Rechtskraft das im Urteil anerkannte Recht auch dann besteht, wenn es vorher nicht bestanden hat und daß bei Abweisung der Klage der zur Zeit der Klageerhebung etwa bestehende Anspruch untergegangen ist, so hat der Prozeß in allen jenen vorangeführten Fällen seinen Zweck verfehlt. Es kann dagegen nicht in Betracht kommen, ob sich solche Fälle häufig oder selten ereignen; denn die Wirkung eines jeden Urteils wird dadurch in Frage gestellt, weil in jedem Falle eine Partei mit der Bereicherungsklage oder mit der Klage aus § 826 BGB. eine neue Erforschung des Sachverhalts, und eine neue Feststellung verlangen könnte. Mit der Berufung auf § 826 BGB. kann noch mehr Unfug getrieben werden als mit der Berufung auf eine Rechtskraft, welche ihr Bestehen Unterlassungen einer Partei verdankt. Die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts liegende Verführung zu Angriffen auf die Rechtskraft ist nicht zu unterschätzen; die durch solche unnütze Prozesse und dadurch veranlaßte neue Sachverhaltserforschung entstehende Arbeitslast wird allerdings hauptsächlich die Untergerichte treffen. Schützt die Rechtskraft nicht gegen die Klage aus § 826, so ist nicht einzusehen, warum sie gegen die Bereicherungsklage schützen sollte. Die entgegengesetzte Behauptung des Reichsgerichts (E. ZS. 46, 77 ff., s. oben) verstößt ebenso gegen die Logik, wie die Annahme im gleichen Urteil, daß der rechtskräftig festgestellte Anspruch der Partei einwandfrei zukomme und doch seine Ausübung eine unerlaubte Handlung darstelle; es ist unmöglich, dieses vorzubringen,

[1]) *Hellwig*, Rechtskraft S. 7 ff., *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht (1900) S. 164 ff. Dagegen vgl. besonders *Pagenstecher* a. a. O. S. 51 ff., 69 ff., neuerdings *Dernburg* a. a. O. S. 465, 471.

ohne zugleich einen Einwand gegen den Anspruch geltend zu machen. Wie die oben mitgeteilte Begründung des fraglichen Urteils zeigt, nötigt die Verhandlung über die Klage aus § 826 in solchen Fällen zur neuen Tatbestandserforschung und zu einer vom ersten Urteil abweichenden Feststellung. Man darf nicht sagen, die Feststellung, daß der im früheren Urteil anerkannte Anspruch nicht bestehe und daß die Verwendung des Urteils als Vollstreckungstitel eine widerrechtliche war, bleibe in den Gründen verborgen, stelle also keine neue Entscheidung über den Anspruch dar. Die Gründe können zwar nicht rechtskräftig werden, können aber doch eine Verletzung der Rechtskraft des früheren Urteils enthalten. Ob die Rechtskraft im Tenor oder in den Gründen des neuen Urteils nicht anerkannt wird, ist unerheblich. Der Erfolg bleibt immer, daß durch das neue Urteil das frühere entwertet wird.

Daß die Zivilprozeßordnung die materielle Wirkung der Rechtskraft im obigen Sinne anerkennt, folgt nicht nur aus dem Prozeßzweck, sondern auch aus einzelnen Bestimmungen. Zunächst kommt § 323 ZPO. in Betracht, welcher an der Stelle steht, die als sedes materiae zu betrachten ist. Im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen kann wegen veränderter Verhältnisse im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils trotz eingetretener Rechtskraft verlangt werden, aber „die Klage ist nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf welche sie gestützt wird, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, in der eine Erweiterung des Klageantrages oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können". Hier setzt die Zivilprozeßordnung ein durch das erste Urteil erlangtes Recht voraus und läßt eine Aenderung des Umfanges, also eine Abweichung von der Rechtskraft zu, aber nur aus Gründen, welche nach dem bezeichneten Zeitpunkt entstanden sind; im übrigen bleiben die Wiederaufnahmeklagen vorbehalten. Ist nun das erste Urteil durch Unterlassungen des Beklagten beeinflußt worden, und hat der Kläger durch das Urteil wissentlich ein Recht erlangt, welches ihm nach dem vorprozessualen Sachverhalt nicht zustand, verlangt er sodann auf Grund des § 323 eine Erhöhung der Leistungen, so bleibt für diesen Prozeß die Rechtskraft des ersten Urteils maßgebend, soweit nicht die Verhältnisse eine Aenderung rechtfertigen; es bleibt insbesondere der Bestand des Anspruchs unberührt. Der Ausschluß der älteren Einwendungen zeigt, daß es nicht darauf ankommt, ob der Kläger vor dem ersten Urteil einen Anspruch hatte; der durch jenes erste Urteil rechtskräftig festgestellte Anspruch wird zur Grundlage der neuen Entscheidung gemacht.

Auch die Behandlung der Rechtskraft ausländischer Urteile in der ZPO. läßt einen Schluß darauf zu, daß die Rechtskraft materielle Wirkung im obigen Sinne hat. Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist nach § 328 Nr. 4 ZPO. ausgeschlossen, „wenn die Anerkennung des Urteils gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde". Da unter Anerkennung des Urteils hier Anerkennung der Rechtskraft zu verstehen ist und die Rechtskraft sich nur auf den entscheidenden Teil des Urteils bezieht, so kommt es darauf an, ob die Anerkennung der Urteilsformel, des darin festgestellten Rechtes oder Rechtsverhältnisses gegen die guten Sitten verstößt; allerdings muß regelmäßig die Darstellung des Sachverhaltes (Tatbestand im Sinne der ZPO. § 313 Nr. 3) und die Begründung zur Auslegung des Urteils herangezogen werden, um zu beurteilen, ob die Entscheidung ohne Verletzung der guten Sitten anerkannt werden kann. Aber es darf nicht der Sachverhalt neu untersucht werden, um zu prüfen, ob das im Urteil anerkannte Recht dem vorprozessualen Tatbestande entspricht; denn die Anerkennung des Urteils ist nicht Anerkennung aller denkbaren, aus dem Urteile nicht erkennbaren Vorgänge. Die Zulassung der Klage aus § 826 BGB. gegenüber dem rechtskräftigen Titel würde der Berücksichtigung der guten Sitten bei Urteilen deutscher Gerichte einen viel größeren Spielraum geben als bei ausländischen Urteilen.[1])

IV.

Die Rechtskraft kann nicht nur in Fällen der oben (III) gedachten Art rechtsgestaltend wirken, sondern sie wirkt in einer Beziehung immer rechtsgestaltend, insoferne sie nämlich das endgültige Vollstreckungsrecht schafft. Dieses ist nicht

[1]) Wenn das AnfG. vom 27. 7. 79 § 6 die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung auch zuläßt, trotzdem für das aus der anfechtbaren Handlung abzuleitende Recht ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist, so gilt dies allerdings auch nach Eintritt der Rechtskraft eines Urteils. Darin liegt jedoch kein Bruch mit der Rechtskraft, weil diese dem Gläubiger als einem Dritten nicht entgegengehalten werden kann. Die entsprechende Bestimmung im § 35 KO. kann zwar von der Theorie, welche den Konkursverwalter auch hinsichtlich der Ausübung des Anfechtungsrechtes als Vertreter der Gemeinschuldners behandelt, nicht in der gleichen Weise gerechtfertigt werden Die Durchbrechung der Rechtskraft ist aber keine Beseitigung der Rechtskraft oder des Urteils (Petersen-Kleinfeller KO § 35 Bem. 3 S. 192 d. 4 Aufl) und ist mit Rücksicht auf das Bedürfnis gleichmäßiger Behandlung der konkursmäßigen sowie der außerkonkursmäßigen Gläubigerbenachteiligung begründet. Folgerungen dürfen jedoch aus dieser Ausnahme zugunsten der Anwendung des § 826 BGB. nicht gezogen werden: denn § 35 KO. bezweckt ebenso wie § 6 AnfG. nur eine Erweiterung der für die Gläubiger bestimmten Befriedigungsmittel, bezweckt also eine Wirkung zugunsten Dritter, welche in keiner Weise durch die mangelhafte, sorglose oder böswillige Prozeßführung leiden sollen. Die Anwendung des § 826 dagegen würde den Schuldner selbst gegen die Folgen seiner eigenen Unterlassungen schützen.

nur ein Recht gegenüber dem Staat, sodaß der Betrieb der Vollstreckung im Verhältnis zum Staat berechtigt, im Verhältnis zur Gegenpartei unberechtigt sein könnte, sondern das Vollstreckungsrecht besteht auch gegenüber den Beteiligten, welche die Vollstreckung dulden müssen.[1]) Die gegenteilige Ansicht ist schon aus dem allgemeinen Grunde nicht haltbar, weil niemand gegenüber dem Staate ein Recht darauf haben kann, daß dessen Organe Handlungen vornehmen, durch welche Interessen verfolgt werden, deren Schutz der Staat ablehnt (vgl. unten V). Die Duldung der Zwangsvollstreckung kann sogar Gegenstand des vom Gläubiger gegen den Beklagten erhobenen Anspruchs sein; dies ist der Fall dort, wo neben dem Schuldner noch eine andere Person ausdrücklich auf Duldung der Vollstreckung beklagt und zur Duldung verurteilt werden muß, um die Vollstreckung zu ermöglichen (§§ 737, 739, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2 ZPO.). Hier ist das Vollstreckungsrecht die Hauptsache und wird gegenüber dem Dritten erworben. Daß aber hinsichtlich des Vollstreckungsrechtes auch eine rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner besteht, erkennt man aus der Möglichkeit der Klage des Gläubigers auf Vollstreckungsurteil gegen den Schuldner (§§ 722 ff., 1042 ZPO.), sowie aus der Möglichkeit für den Schuldner, Einwendungen gegen die Vollstreckung im Wege der Klage gegen den Gläubiger geltend zu machen (§§ 767 ff. ZPO.); die Möglichkeit solcher Klagen ergibt sich nur aus der Richtung des Vollstreckungsrechtes gegen den Schuldner. Die selbständige Bedeutung des Vollstreckungsrechtes neben dem materiellen Inhalte des Urteils besteht in dem Rechte des Gläubigers gegenüber dem Schuldner darauf, daß dieser zum Zwecke der Beitreibung von Hauptsache und Kosten auch die Nachteile auf sich nehme, welche mit der Anwendung staatlichen Zwanges verbunden sind, z. B. Entziehung der Benützung gepfändeter Sachen, Verkauf dieser Sachen unter dem gemeinen Wert, Vollstreckungskosten; in diesem Sinne kann die Vollstreckung allerdings im Vergleich zum Nennwert der Forderung für den Schuldner Nachteile bringen. Aber auch diese Nachteile sind nicht Schaden im Rechtssinne, weil dem Schuldner durch die rechtskräftige Entscheidung die Pflicht zur Tragung der dem Vollstreckungsrecht entsprechenden Mehrbelastung aufgebürdet worden ist und er durch die erfolgreiche Vollstreckung von dieser Pflicht wieder befreit wird. Auch hier kann man also nicht sagen, daß der betreibende Gläubiger durch die Vollstreckung vorsätzlich einen Schaden zufüge (s. oben II). Ueberdies ist hier das Bewußtsein des Gläubigers, daß er vor Eintritt der Rechtskraft keinen Anspruch hatte, unerheblich, weil es für die Beantwortung der Frage, ob er vorsätzlich durch die Vollstreckung dem Schuldner Schaden zufüge, nur darauf ankommt, daß er zur Zeit der Vollstreckung einen Anspruch hat.

Das Vollstreckungsrecht, welches der Gläubiger erlangt, entsteht von Rechts wegen zugleich mit der Rechtskraft (§ 704 ZPO.); die Rechtskraft aber tritt bei Versäumnis der Einspruchs- und der Rechtsmittelfrist kraft gesetzlicher Notwendigkeit ein (§ 705 ZPO.)[1]). Wie diese Folgen im öffentlichen Interesse vorgesehen sind, so werden auch die Folgen anderer Unterlassungen, insbesondere der Terminsversäumnis ohne Rücksicht auf das wahre materielle Rechtsverhältnis im öffentlichen Interesse angedroht und teils auf Antrag, teils kraft Gesetzes verwirklicht, weil sonst der Prozeßzweck nicht erreichbar ist und weil der Staat in seinem eigenen Interesse nicht dulden darf, daß seine Rechtspflegetätigkeit am passiven Widerstand des Beklagten scheitert. Der Kläger verletzt daher das Recht nicht, wenn er diese vom Staate gewählten Mittel zur Erreichung des Prozeßzweckes benützt, mag er auch während des Erkenntnisverfahrens an das behauptete Recht nicht glauben. Andererseits verliert der Gegner durch Unterlassung der Verteidigung sein prozessuales Verteidigungsrecht und kraft gesetzlicher Notwendigkeit mit Eintritt der Rechtskraft auch sein materielles Recht[2]). Der Sieger im Prozeß kann unmöglich dadurch gegen die guten Sitten verstoßen, daß er den Erfolg benützt, den der Staat bei Untätigkeit der einen Partei nicht im Interesse der handelnden Partei, sondern im eigenen staatlichen Interesse an der Erreichung des Prozeßzweckes und an der Erfüllung der Rechtspflegeaufgaben eintreten läßt. Für rein menschliches Empfinden gewinnt diese Rechtslage eine andere Bedeutung, wenn die Entstehung des Anspruchs auf eine strafbare Handlung zurückführt, z. B. Wucher, oder wenn gar das Urteil durch eine strafbare Handlung, z. B. durch Meineid, erwirkt worden ist und die Wiederaufnahmefristen versäumt sind (§§ 580, 586 ZPO.). Für die juristische Betrachtung begründet diese tatsächliche Besonderheit keinen Unterschied. Der Nachteil wird dadurch kein Schaden im Rechtssinne, und verursacht ist die Entstehung des einwandfreien Titels durch die Unterlassung des Schuldners. Das Ergebnis entspricht auch hier dem Willen des Prozeßgesetzes, solange die Wiederaufnahme in der bisherigen Weise beschränkt ist. Die Anwendung des § 826 BGB. auf den zweiten der obigen Fälle käme einer Abschaffung der Wiederaufnahmefristen gleich, die aus § 826 sicher nicht erhellt. Welche mißlichen Zustände aber können sich ergeben, wenn man zuläßt, daß die unterlegene Partei auf Grund des § 826 BGB. noch nach Ablauf der Wiederaufnahmefristen

[1]) A. M. Hellwig, Rechtskraft S. 6, 7, 16.

[1]) Vgl. auch RGE. i. StS. 20, 391 ff., bes. 393 und 23, 285 ff., bes. 288.

[2]) Vgl. Bülow im Arch. f. Civ. Prax. 62, 31 und 64, 28, 32 ff., derselbe Gesetz und Richteramt a. a. O.

während der ganzen Verjährungszeit die Begehung strafbarer Handlungen durch mittlerweile verstorbene Personen (Parteien, Zeugen, Sachverständige, Richter) geltend machen darf, um die durch Fristablauf verlorene Wiederaufnahme wieder zu gewinnen? Die Unterordnung des Richters unter das Gesetz (§ 1 GVG.) steht der Anwendung des § 826 entgegen.

V.

Daß die hier vertretene Auffassung auch der ZPO. zugrunde liegt, beweisen nicht nur die Vorschriften über Versäumnisfolgen und Rechtskraft, sondern lehrt auch in unwiderleglicher Weise die Behandlung, welcher im Vollstreckungsverfahren diejenigen Einwendungen unterliegen, die den Anspruch selbst betreffen. Die Behauptung des Verurteilten, der betreibende Gläubiger füge ihm durch die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu, ist untrennbar mit der Behauptung verbunden, der betreibende Gläubiger habe jetzt kein Recht auf die Leistung, welche er zwangsweise beitreiben wolle, weil er vor dem Urteil kein Recht gehabt habe und sich dieses Mangels schon vor dem Urteil bewußt gewesen sei. Hierdurch erweist sich der Versuch, mit der Berufung auf § 826 BGB. die Vollstreckung zu vereiteln oder Schadenersatz zu verlangen, als eine Einwendung (gegen die Zwangsvollstreckung), welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft. Dies ist ohne weiteres in dem Falle klar, in welchem § 826 ZPO. zur Begründung einer Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung benützt wird.[1] Aber nicht anders verhält es sich in solchem Fall mit der auf § 826 BGB. gestützten Schadenersatzklage, es wird nachträglich gegen die Vollstreckung eingewendet, sie verstoße gegen die guten Sitten, weil der Gläubiger keinen Anspruch habe und sich des Rechtsmangels schon während des Erkenntnisverfahrens bewußt gewesen sei, der Betrieb der Vollstreckung sei folglich eine unerlaubte, d. h. rechtswidrige Handlung. Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind — abgesehen von der Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens — nach Erlangung des Vollstreckungsrechts durch rechtskräftige Entscheidung nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes (nämlich der ZPO.) spätestens hätten geltend gemacht werden können und insoferne als sie auch durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (§ 767 ZPO.). Der Grund der Einwendung aber, z. B. Wucher, Mangel der Entstehungstatsachen, folglich die Einwendung selbst, welche der Schuldner in der Klage aus § 826 BGB. benützt, ist schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden und hätte im Falle eines Versäumnisurteils durch Einspruch geltend gemacht werden müssen.[1] Spätere Geltendmachung solcher Einwendungen wird durch § 767 ZPO. aus den nämlichen Rücksichten auf die Rechtskraft wie im § 323 ZPO. (s. ob. III) absolut vom Rechtswege ausgeschlossen. Kann hiernach aus diesem Grunde die Vollstreckung nicht durch Unterlassungsklage gehindert werden, so kann auch nach erfolgter Vollstreckung kein Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB. begründet werden.

VI.

Der richtig verstandene § 826 BGB. widerstreitet diesem Ergebnis der zivilprozessualen Betrachtung nicht, weil das Vollstreckungsrecht des Gläubigers die Annahme einer rechtswidrigen Handlung hindert (s. oben II und IV). Nur diejenigen, welche sich gegen alle wissenschaftlichen Auslegungsgrundsätze an die Worte klammern,[2] müssen noch an den Art. 32 EG. z. BGB. erinnert werden: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem BGB. oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt." Das kann nicht heißen: Ueberall, wo der Buchstabe des BGB. sich nicht mit Sätzen anderer Reichsgesetze zu vertragen scheint, muß das BGB. vorgehen, wenn nicht ausdrücklich im einzelnen Fall das Gegenteil vorgeschrieben ist. Diese Auslegung wäre die vollständige Umkehrung des Art. 32 in sein Gegenteil. Es darf daher nicht gefolgert werden: weil § 826 BGB. keine Einschränkung zugunsten der Inhaber rechtskräftiger Titel, zugunsten des Vollstreckungsrechtes und des § 767 ZPO. macht, geht die keine Unterscheidung enthaltende Wortfassung des § 826 BGB. vor. Sondern, soll der zweite Satz des Art. 32 überhaupt eine Bedeutung haben, so kann es nur die sein: die Vorschriften der Reichsgesetze treten außer Kraft, insoweit das BGB. oder das Einführungsgesetz hierzu die Aufhebung ausdrücklich verfügen. Für das Verhältnis der Zivilprozeßordnung zum BGB. kommt noch besonders in Betracht, daß gleichzeitig mit dem BGB. eine umfangreiche Novelle zur Zivilprozeßordnung vorbereitet worden und in

---

[1] Eine solche Klage läßt der 6. ZS. des RG. 11. 4. 01, E. 48, 118 zu; ebenso OLG. Celle 5. 5. 02, OLG. Rspr. 5, 239.

[1] Daß die Voraussetzungen des § 767 ZPO. nicht erfüllt sind, erkennt das Reichsgericht im Urteil vom 14. Oktober 1905 (DJZ. 10, 1110) an, indem es den § 769 ZPO. für unanwendbar erklärt und übereinstimmend mit Höniger a. a. O. eine einstweilige Verfügung für zulässig hält, durch welche die Fortsetzung der Vollstreckung gehindert wird. Gegen diese Form der Behandlung ist auch nichts einzuwenden, sobald man die Unterlassungsklage als zulässig betrachtet.

[2] Das Gesetz ist auch eine Willenserklärung, es ist daher der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGB. § 133).

nur ein Recht gegenüber dem Staat, sodaß der Betrieb der Vollstreckung im Verhältnis zum Staat berechtigt, im Verhältnis zur Gegenpartei unberechtigt sein könnte, sondern das Vollstreckungsrecht besteht auch gegenüber den Beteiligten, welche die Vollstreckung dulden müssen.[1]) Die gegenteilige Ansicht ist schon aus dem allgemeinen Grunde nicht haltbar, weil niemand gegenüber dem Staate ein Recht darauf haben kann, daß dessen Organe Handlungen vornehmen, durch welche Interessen verfolgt werden, deren Schutz der Staat ablehnt (vgl. unten V). Die Duldung der Zwangsvollstreckung kann sogar Gegenstand des vom Gläubiger gegen den Beklagten erhobenen Anspruchs sein; dies ist der Fall dort, wo neben dem Schuldner noch eine andere Person ausdrücklich auf Duldung der Vollstreckung beklagt und zur Duldung verurteilt werden muß, um die Vollstreckung zu ermöglichen (§§ 737, 739, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2 ZPO.). Hier ist das Vollstreckungsrecht die Hauptsache und wird gegenüber dem Dritten erworben. Daß aber hinsichtlich des Vollstreckungsrechtes auch eine rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner besteht, erkennt man aus der Möglichkeit der Klage des Gläubigers auf Vollstreckungsurteil gegen den Schuldner (§§ 722 ff., 1042 ZPO.), sowie aus der Möglichkeit für den Schuldner, Einwendungen gegen die Vollstreckung im Wege der Klage gegen den Gläubiger geltend zu machen (§§ 767 ff. ZPO.); die Möglichkeit solcher Klagen ergibt sich nur aus der Richtung des Vollstreckungsrechtes gegen den Schuldner. Die selbständige Bedeutung des Vollstreckungsrechtes neben dem materiellen Inhalte des Urteils besteht in dem Rechte des Gläubigers gegenüber dem Schuldner darauf, daß dieser zum Zwecke der Beitreibung von Hauptsache und Kosten auch die Nachteile auf sich nehme, welche mit der Anwendung staatlichen Zwanges verbunden sind, z. B. Entziehung der Benützung gepfändeter Sachen, Verkauf dieser Sachen unter dem gemeinen Wert, Vollstreckungskosten; in diesem Sinne kann die Vollstreckung allerdings im Vergleich zum Nennwert der Forderung für den Schuldner Nachteile bringen. Aber auch diese Nachteile sind *nicht Schaden* im Rechtssinne, weil dem Schuldner durch die rechtskräftige Entscheidung die Pflicht zur Tragung der dem Vollstreckungsrecht entsprechenden Mehrbelastung aufgebürdet worden ist und er durch die erfolgreiche Vollstreckung von dieser Pflicht wieder befreit wird. Auch hier kann man also nicht sagen, daß der betreibende Gläubiger durch die Vollstreckung vorsätzlich einen Schaden zufüge (s. oben II). Ueberdies ist hier das Bewußtsein des Gläubigers, daß er vor Eintritt der Rechtskraft keinen Anspruch hatte, unerheblich, weil es für die Beantwortung der Frage, ob er vorsätzlich durch die Vollstreckung dem Schuldner Schaden zufüge, nur darauf ankommt, daß er zur Zeit der Vollstreckung einen Anspruch hat.

Das Vollstreckungsrecht, welches der Gläubiger erlangt, entsteht von Rechts wegen zugleich mit der Rechtskraft (§ 704 ZPO.); die Rechtskraft aber tritt bei Versäumnis der Einspruchs- und der Rechtsmittelfrist kraft gesetzlicher Notwendigkeit ein (§ 705 ZPO.)[1]). Wie diese Folgen im öffentlichen Interesse vorgesehen sind, so werden auch die Folgen anderer Unterlassungen, insbesondere der Terminsversäumnis ohne Rücksicht auf das wahre materielle Rechtsverhältnis im öffentlichen Interesse angedroht und teils auf Antrag, teils kraft Gesetzes verwirklicht, weil sonst der Prozeßzweck nicht erreichbar ist und weil der Staat in seinem eigenen Interesse nicht dulden darf, daß seine Rechtspflegetätigkeit am passiven Widerstand des Beklagten scheitert. Der Kläger verletzt daher das Recht nicht, wenn er diese vom Staate gewählten Mittel zur Erreichung des Prozeßzweckes benützt, mag er auch während des Erkenntnisverfahrens an das behauptete Recht nicht glauben. Andererseits verliert der Gegner durch Unterlassung der Verteidigung sein prozessuales Verteidigungsrecht und kraft gesetzlicher Notwendigkeit mit Eintritt der Rechtskraft auch sein materielles Recht[2]). Der Sieger im Prozeß kann unmöglich dadurch gegen die guten Sitten verstoßen, daß er den Erfolg benützt, den der Staat bei Untätigkeit der einen Partei nicht im Interesse der handelnden Partei, sondern im eigenen staatlichen Interesse an der Erreichung des Prozeßzweckes und an der Erfüllung der Rechtspflegeaufgaben eintreten läßt. Für *rein menschliches Empfinden* gewinnt diese Rechtslage eine andere Bedeutung, wenn die Entstehung des Anspruchs auf eine *strafbare Handlung* zurückführt, z. B. Wucher, oder wenn gar das Urteil durch eine strafbare Handlung, z. B. durch Meineid, erwirkt worden ist und die Wiederaufnahmefristen versäumt sind (§§ 580, 586 ZPO.). Für die juristische Betrachtung begründet diese tatsächliche Besonderheit keinen Unterschied. Der Nachteil wird dadurch kein Schaden im Rechtssinne, und verursacht ist die Entstehung des einwandfreien Titels durch die Unterlassung des Schuldners. Das Ergebnis entspricht auch hier dem Willen des Prozeßgesetzes, solange die Wiederaufnahme in der bisherigen Weise beschränkt ist. Die Anwendung des § 826 BGB. auf den zweiten der obigen Fälle käme einer Abschaffung der Wiederaufnahmefristen gleich, die aus § 826 sicher nicht erhellt. Welche mißlichen Zustände aber können sich ergeben, wenn man zuläßt, daß die unterlegene Partei auf Grund des § 826 BGB. noch nach Ablauf der Wiederaufnahmefristen

[1]) A. M. *Hellwig*, Rechtskraft S. 6, 7, 16.

[1]) Vgl. auch RGE. i. StS. 20, 391 ff., bes. 393 und 23, 285 ff., bes. 288.

[2]) Vgl. *Bülow* im Arch. f. Civ. Prax. 62, 31 und 64, 28, 32 ff., *derselbe* Gesetz und Richteramt a. a. O.

während der ganzen Verjährungszeit die Begehung strafbarer Handlungen durch mittlerweile verstorbene Personen (Parteien, Zeugen, Sachverständige, Richter) geltend machen darf, um die durch Fristablauf verlorene Wiederaufnahme wieder zu gewinnen? Die Unterordnung des Richters unter das Gesetz (§ 1 GVG.) steht der Anwendung des § 826 entgegen.

V.

Daß die hier vertretene Auffassung auch der ZPO. zugrunde liegt, beweisen nicht nur die Vorschriften über Versäumnisfolgen und Rechtskraft, sondern lehrt auch in unwiderleglicher Weise die Behandlung, welcher im Vollstreckungsverfahren diejenigen Einwendungen unterliegen, die den Anspruch selbst betreffen. Die Behauptung des Verurteilten, der betreibende Gläubiger füge ihm durch die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu, ist untrennbar mit der Behauptung verbunden, der betreibende Gläubiger habe jetzt kein Recht auf die Leistung, welche er zwangsweise beitreiben wolle, weil er vor dem Urteil kein Recht gehabt habe und sich dieses Mangels schon vor dem Urteil bewußt gewesen sei. Hierdurch erweist sich der Versuch, mit der Berufung auf § 826 BGB. die Vollstreckung zu vereiteln oder Schadenersatz zu verlangen, als eine Einwendung (gegen die Zwangsvollstreckung), welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft. Dies ist ohne weiteres in dem Falle klar, in welchem § 826 ZPO. zur Begründung einer Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung benützt wird.[1] Aber nicht anders verhält es sich in solchem Fall mit der auf § 826 BGB. gestützten Schadenersatzklage, es wird nachträglich gegen die Vollstreckung eingewendet, sie verstoße gegen die guten Sitten, weil der Gläubiger keinen Anspruch habe und sich des Rechtsmangels schon während des Erkenntnisverfahrens bewußt gewesen sei, der Betrieb der Vollstreckung sei folglich eine unerlaubte, d. h. rechtswidrige Handlung. Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind — abgesehen von der Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens — nach Erlangung des Vollstreckungsrechts durch rechtskräftige Entscheidung nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes (nämlich der ZPO.) spätestens hätten geltend gemacht werden können und insoferne als sie auch durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (§ 767 ZPO.). Der Grund der Einwendung aber, z. B. Wucher, Mangel der Entstehungstatsachen, folglich die Einwendung selbst, welche der Schuldner in der Klage aus § 826 BGB. benützt, ist schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden und hätte im Falle eines Versäumnisurteils durch Einspruch geltend gemacht werden müssen.[1] Spätere Geltendmachung solcher Einwendungen wird durch § 767 ZPO. aus den nämlichen Rücksichten auf die Rechtskraft wie im § 323 ZPO. (s. ob. III) absolut vom Rechtswege ausgeschlossen. Kann hiernach aus diesem Grunde die Vollstreckung nicht durch Unterlassungsklage gehindert werden, so kann auch nach erfolgter Vollstreckung kein Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB. begründet werden.

VI.

Der richtig verstandene § 826 BGB. widerstreitet diesem Ergebnis der zivilprozessualen Betrachtung nicht, weil das Vollstreckungsrecht des Gläubigers die Annahme einer rechtswidrigen Handlung hindert (s. oben II und IV). Nur diejenigen, welche sich gegen alle wissenschaftlichen Auslegungsgrundsätze an die Worte klammern,[2] müssen noch an den Art. 32 EG. z. BGB. erinnert werden: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem BGB. oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt." Das kann nicht heißen: Ueberall, wo der Buchstabe des BGB. sich nicht mit Sätzen anderer Reichsgesetze zu vertragen scheint, muß das BGB. vorgehen, wenn nicht ausdrücklich im einzelnen Fall das Gegenteil vorgeschrieben ist. Diese Auslegung wäre die vollständige Umkehrung des Art. 32 in sein Gegenteil. Es darf daher nicht gefolgert werden: weil § 826 BGB. keine Einschränkung zugunsten der Inhaber rechtskräftiger Titel, zugunsten des Vollstreckungsrechtes und des § 767 ZPO. macht, geht die keine Unterscheidung enthaltende Wortfassung des § 826 BGB. vor. Sondern, soll der zweite Satz des Art. 32 überhaupt eine Bedeutung haben, so kann es nur die sein: die Vorschriften der Reichsgesetze treten außer Kraft, insoweit das BGB. oder das Einführungsgesetz hierzu die Aufhebung ausdrücklich verfügen. Für das Verhältnis der Zivilprozeßordnung zum BGB. kommt noch besonders in Betracht, daß gleichzeitig mit dem BGB. eine umfangreiche Novelle zur Zivilprozeßordnung vorbereitet worden und in

---

[1] Eine solche Klage läßt der 6. ZS. des RG. 11. 4. 01, E. 48, 118 zu; ebenso OLG. Celle 5. 5. 02, OLG. Rspr. 5, 239.

[1] Daß die Voraussetzungen des § 767 ZPO. nicht erfüllt sind, erkennt das Reichsgericht im Urteil vom 14. Oktober 1905 (DJZ. 10, 1110) an, indem es den § 769 ZPO. für unanwendbar erklärt und übereinstimmend mit Höniger a. a. O. eine einstweilige Verfügung für zulässig hält, durch welche die Fortsetzung der Vollstreckung gehindert wird. Gegen diese Form der Behandlung ist auch nichts einzuwenden, sobald man die Unterlassungsklage als zulässig betrachtet.

[2] Das Gesetz ist auch eine Willenserklärung, es ist daher der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGB. § 133).

Kraft getreten ist, wobei die §§ 323, 328 Zivilprozeßordnung neu aufgenommen wurden, § 767 Zivilprozeßordnung unberührt blieb. Unter diesen Umständen kann man nicht annehmen, daß sich aus § 826 BGB. die stillschweigende Aufhebung eben dieser Grundsätze insoweit ergeben soll, als der Schuldner einen Schadenersatzanspruch oder ein Hindernis für die Zwangsvollstreckung wegen Verletzung der guten Sitten behauptet.

Die bekämpfte Auslegung des § 826 BGB. steht also im Widerspruch mit der Logik; denn eine Handlung kann nicht zugleich widerrechtlich und rechtmäßig sein; im Widerspruch mit dem Tatbestand des § 826 selbst; denn die Befriedigung eines Anspruches ist für den Leistenden kein Schaden; im Widerspruch mit dem Prozeßzweck und den Grundsätzen von der Rechtskraft, sowie mit § 767 ZPO.; endlich im Widerspruch mit Art. 32 EG. z. BGB.

Bemerkungen zu den Beschlüssen der Kommission für die Reform des Strafprozesses.

Von

Walther Pfannschmidt, Oberlandesgerichtsrat in München.

III.

Nicht unwesentliche Abweichungen vom geltenden Rechte sind in den Beschlüssen der Kommission hinsichtlich der Verteidigung des Beschuldigten vorgesehen. Vor allem wird es hiernach häufiger als bisher zur Aufstellung eines Pflichtverteidigers kommen. Zwar hat man schon mit Rücksicht auf die besonders bei kleineren Gerichten beschränkte Zahl geeigneter Persönlichkeiten davon abgesehen, die Verteidigung in Verbrechensfällen, in landgerichtlichen Sachen (eventuell nur bei abgekürztem Verfahren) oder in Haftsachen schlechthin als notwendig zu erklären, wie dies von verschiedenen Seiten auch im Laufe der Beratungen angeregt worden war, immerhin aber ergibt sich ein bei den erfahrungsgemäß nicht allzu bescheidenen Ansprüchen des Klienten an den Offizialvertreter fühlbarer Zuwachs daraus,

1. daß gegen die erstinstanziellen Urteile des mittleren und großen Schöffengerichts künftig die Berufung zulässig sein soll und demgemäß die Bestellung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 und 2 d. StPO. auch für die betreffende Berufungsinstanz erfolgen muß;
2. daß der Angeschuldigte in Sachen, die in erster Instanz vor dem mittleren Schöffengerichte zu verhandeln sind oder statt dessen im abgekürztem Verfahren vor dem Amtsrichter verhandelt werden, bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre eines Verteidigers bedarf;
3. daß im Falle einer Voruntersuchung der unbedingt notwendige Verteidiger bei deren Beginn bestellt werden muß, während der Antrag auf Beigabe eines Verteidigers gemäß § 140 Abs. 2 Nr. 2 d. StPO. schon im Laufe der Voruntersuchung gestellt, dann aber nicht, wie bei § 142 l. c. abgelehnt werden kann;
4. daß der nach § 140 Abs. 2 Nr. 2 antragsberechtigte Beschuldigte bei Eröffnung der Anklageschrift auf sein Antragsrecht ausdrücklich hingewiesen werden soll.

Wie schon aus den beiden letzten Vorschlägen ersichtlich, ist als Aufgabe des Verteidigers — des bestellten wie des gewählten —, der bisher häufig den Schwerpunkt seiner Tätigkeit in die Hauptverhandlung verlegte, ein möglichst frühzeitiges Eingreifen in das Strafverfahren gedacht.

Zu diesem Zwecke sind seine Befugnisse erheblich erweitert. Zunächst soll er schon im Vorverfahren nicht nur den Beweiserhebungen im Sinne des § 191 d. StPO. sondern auf Antrag regelmäßig auch der richterlichen Vernehmung des Angeschuldigten, sowie der Zeugen und Sachverständigen beiwohnen dürfen. Die Zulassung kann beim Verhör des Beschuldigten nach freiem Ermessen des Richters, bei Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen nur bei Gefährdung des Untersuchungszwecks oder der öffentlichen Ordnung versagt werden.

Nach den Protokollen der Kommission muß in letzterem Falle vor der Beschlußfassung der Staatsanwalt gehört werden, auch ist die Beschwerde gegen den Beschluß zulässig. Auf beide Kautelen wird man, um das Vorverfahren nicht durch die Aktenversendung zu verzögern — die Beschwerde selbst hat ja an sich keine aufschiebende Wirkung —, verzichten und die endgültige Entscheidung auch hier dem amtierenden Richter überlassen dürfen. Dieser müßte zur Darlegung seiner Anschauung, daß der Untersuchungszweck gefährdet sei, seinen Beschluß ausführlich begründen. Von der zeitraubenden Arbeit abgesehen, würde in manchen Fällen gerade diese schriftliche Festlegung des Untersuchungsplanes, einzelner Verdachtsmomente 2c., die nach dem ganzen Geschäftsgang nicht streng vertraulich behandelt werden kann, eine Gefährdung des Untersuchungszwecks bedeuten. Was den Staatsanwalt anbelangt, so hat er an der Zulassung des Verteidigers kein besonderes Interesse.

Auch außerhalb der Beweiserhebungstermine kann der verhaftete Beschuldigte im Vorverfahren mit seinem Verteidiger verkehren. Zunächst mündlich ohne Ueberwachung durch eine Gerichtsperson, wie sie § 148 Abs. 3 d. StPO. für zulässig erklärt. Der Verzicht auf diese Kontrolle erscheint angezeigt; sie wird von dem Verteidiger als unwürdig empfunden und ist Kollusionsbestrebungen des Beschuldigten gegenüber in der Regel unwirksam. Solche kann nur der mit dem

Akteninhalte vertraute Richter, der Untersuchungsrichter, entdecken, und dieser hat nicht die Zeit, auch nur in wichtigeren Fällen Aufsicht zu üben. Wenn dem Untersuchungsgefangenen ohne dringendes Bedürfnis daneben auch noch der bisher vom Richter überwachte schriftliche Verkehr mit dem Verteidiger freigegeben wird, so ist dies nicht unbedenklich, da keine genügende Gewähr dafür besteht, daß der Verteidiger Briefe des Beschuldigten wirklich erhält oder daß er allein von ihrem Inhalte Kenntnis nimmt.

Um auch mittelbar dem Gange des Vorverfahrens folgen zu können, soll dem Verteidiger regelmäßig schon während der Voruntersuchung die Einsicht der gerichtlichen Akten und der damit im Zusammenhange stehenden Beiakten gestattet sein. Nur aus besonderen Gründen kann die Einsicht einzelner Aktenstücke auch hier vom Richter verweigert werden. Protokolle über Vernehmung des Beschuldigten, Gutachten der Sachverständigen und Protokolle über Beweiserhebungen, denen der Verteidiger beiwohnte oder beizuwohnen befugt gewesen wäre, bleiben ihm stets, auch im Ermittelungsverfahren zugänglich.

Ist das Vorverfahren geschlossen, so kann der Verteidiger in Sachen, die nicht vor dem kleinen Schöffengerichte oder vor dem Amtsrichter zu verhandeln sind, wenn er oder der Angeschuldigte Einwendungen gegen das Stattfinden der Hauptverhandlung erhoben hat, in der nicht öffentlichen Sitzung der landgerichtlichen Beschlußkammer, in der über die Einwendungen entschieden wird, die Rechte seines Vollmachtgebers mündlich vertreten.

In der Hauptverhandlung selbst soll ein Kreuzverhör nicht mehr zulässig sein. Da dieses, in der bayerischen Praxis wenigstens, sich überhaupt nie eingebürgert hat, bedeutet der Vorschlag keine wesentliche Schmälerung der Rechte des Verteidigers, ebensowenig wohl der Beschluß, daß der Vorsitzende Fragen an einen Zeugen oder Sachverständigen zurückweisen darf, deren Beantwortung dem Befragten ꝛc. zur Unehre gereichen könnte, sofern der zu bekundende Umstand für die Entscheidung unerheblich ist. Der vorsichtige Verteidiger wird besonders einem Schöffengerichte gegenüber alles vermeiden, was als überflüssige Behelligung der Personen erscheint, die im Gerichtssaal nur ihre Pflicht als Staatsbürger erfüllen. Gleiche Mäßigung empfiehlt sich in bezug auf Beweisanträge; eine vom Verteidiger in der Hauptverhandlung veranlaßte Beweiserhebung, die nichts Neues oder nichts dem Angeklagten Günstiges zutage fördert, macht oft einen direkt ungünstigen Eindruck. Trotz dieser Erfahrungstatsache wird mit der Vorführung von Entlastungszeugen ꝛc. nicht selten des Guten zu viel getan. Es soll deshalb künftig — außer in den Fällen des § 244 Abs. 2 d. StPO. — auch in der Hauptverhandlung vor dem mittleren und großen Schöffengericht die Erhebung eines Beweises abgelehnt werden können, wenn das Gericht die zu erhärtende Tatsache zugunsten des Angeklagten für bereits erwiesen oder einstimmig für unerheblich erachtet. Wie in letzterem Falle die Gründe des Beschlusses zu protokollieren sind, so kann der Verteidiger unter allen Umständen seine Beweisanträge schriftlich als Anlage des Protokolls überreichen, die Feststellung etwa bei der Verhandlung unterlaufener Formfehler im Sitzungsprotokoll verlangen und nach Abschluß dieser Urkunde (die zur Einsicht aufzulegen und auf Wunsch in Abschrift auszufertigen ist) deren Berichtigung beantragen. Ist der Angeklagte verhaftet, so wird nach Einlegung der Berufung oder Revision das Urteil auch dem Verteidiger zugestellt.

Versäumt dieser eine Frist oder einen Termin, so kann der Vertretene, wie das auch bisher in der Praxis anerkannt wurde, damit allein ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht begründen. Die Kommission hat sich dafür entschieden, eine restitutio propter culpam advocati nicht zu empfehlen, auch dann nicht, wenn es sich um das Verschulden eines Offizialverteidigers in den Fällen des § 140 Abs. 2 Nr. 1 StPO. handelt, obwohl hier der Mangel einer culpa in eligendo oder custodiendo auf Seite des Vertretenen eine Ausnahmebestimmung rechtfertigen könnte, bei der Mißbrauch kaum zu befürchten wäre.

Dagegen soll künftig nicht mehr, wie seither, nur Verhinderung durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle, sondern Verhinderung „durch ein unabwendbares Ereignis" die Wiedereinsetzung rechtfertigen und damit die mildere Auffassung des § 44 StPO., die das Reichsgericht (u. a. in Band 35 S. 109 der Entscheidungen in Strafsachen) vertreten hat, gesetzlich festgelegt werden.

Ein Eingehen auf die Frage, ob dem Verteidiger bei so vermehrter Inanspruchnahme seiner Tätigkeit für diese, sofern er dem Anwaltstande angehört, höhere Gebühren zu gewähren seien, lag außerhalb der Zuständigkeit der Kommission. Die Frage würde zu bejahen sein, wenn die obenerwähnten Vorschläge die Billigung des Gesetzgebers finden sollten. Keinesfalls dürfte aber eine Gebührenerhöhung dazu führen, daß Offizialverteidigungen vorzugsweise den noch im Vorbereitungsdienste befindlichen Juristen übertragen würden. Gerade die in den Kommissionsbeschlüssen geforderte Wirksamkeit des Verteidigers vor der Hauptverhandlung, die Beihilfe bei Beibringung, Sicherung und Sichtung der Beweise, fordert weit mehr als das Plaidoyer nach geschlossenen Akten, eine auf längere Strafrechtspraxis gegründete Erfahrung und eine Sicherheit im Auftreten dem Beschuldigten gegenüber, wie sie nur berufliche Uebung und Verantwortlichkeit gewährt.

Fordert § 9 Abs. 1 des Depotgesetzes unmittelbaren Besitz des Kommissionärs?

Von Reichsgerichtsrat **Ebermayer** in Leipzig.

§ 9 Abs. 1 des Ges. vom 5. Juli 1896 bedroht den Kaufmann mit Strafe, welcher über Wertpapiere der in § 1 des Gesetzes bezeichneten Art, die er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, außer dem Falle des § 246 des Strafgesetzbuches zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt. Es haben sich Zweifel ergeben, ob der Kommissionär auch dann sich nach § 9 Abs. 1 strafbar macht, wenn er in der dort bezeichneten Weise über Wertpapiere verfügt, die sich in seinem nur mittelbaren Besitze befinden.

Man unterstelle den Fall: Ein Privatkunde beauftragt seinen Bankier — nennen wir ihn Provinzbankier — aus des Kunden Depot drei Stücke österreichische Goldrente gegen drei Stücke Silberrente umzutauschen. Der Provinzbankier gibt den Auftrag unter gleichzeitiger Uebersendung der empfangenen Goldrente an ein Bankhaus in Berlin weiter unter Beobachtung der in § 8 Abs. 1 Satz 2 ihm auferlegten Pflichten; das Berliner Bankhaus — bezeichnen wir es als Zentralbankier — führt den Auftrag aus, verkauft die Goldrente, kauft dafür Silberrente, teilt das Stückeverzeichnis dem Provinzbankier mit, dieser gibt die Mitteilung an seinen Privatkunden, die gekauften Stücke Silberrente bleiben einstweilen beim Zentralbankier liegen; er ist sonach unmittelbarer Besitzer der Papiere, während der Provinzbankier und der Privatkunde nur mittelbare Besitzer sind. Nach einigen Monaten bedarf der Provinzbankier Barmittel und verpfändet, um sich solche zu verschaffen, die beim Zentralbankier liegende Silberrente, die seinem Privatkunden gehört, dem Zentralbankier. Hat er sich hierdurch des Vergehens nach § 9 Abs. 1 des Bankdepotgesetzes schuldig gemacht, obwohl die Papiere niemals in seinen unmittelbaren Besitz gelangt waren? Diese im Urteile des Reichsgerichts vom 23. Juni 1904 (RGSt. 37, 223, 230) berührte, aber damals nicht entschiedene Frage ist meines Erachtens zu bejahen.

Für die Unterschlagung hat die reichsgerichtliche Rechtsprechung mittelbaren Besitz als ausreichend nicht erklärt, vielmehr unmittelbaren Besitz in der Bedeutung einer tatsächlich bestehenden direkten Herrschafts- und Verfügungsgewalt gefordert. (RGSt. 5, 42, 218, 222 ff.; 10, 257, 260; 37, 198.[1])

Für den Tatbestand des § 9 Abs. 1 des Depotgesetzes muß jedoch, soweit es sich dort um eine Inbesitznahme seitens des Kommissionärs handelt, auch mittelbarer Besitz als ausreichend erachtet werden.

[1]) Vgl. auch das in Nr. 24 Jahrg. 1905 dieser Zeitschrift S. 512 abgedruckte Erkenntnis.

Das Gesetz spricht in § 9 Abs. 1 von „in Besitz nehmen". Sein Wortlaut steht sonach der Annahme mittelbaren Besitzes nicht entgegen. Die Motive zu § 10 des Entwurfes, jetzt § 9 des Gesetzes, geben ebensowenig wie die Reichstagsverhandlungen einen Anhalt, ob Besitz auch im Sinne des mittelbaren Besitzes zu verstehen sei. Der Umstand, daß § 7 Abs. 2 (Entwurf § 8 Abs. 2) dem Kommissionär die Pflichten des Verwahrers nach § 1 des Gesetzes nur insoweit auferlegt, als die Papiere sich in seinem „Gewahrsam" befinden, mag vielleicht schon dafür sprechen, daß bei dem „Inbesitznehmen" im Sinne des § 9 auch an den mittelbaren Besitzer gedacht ist. Wenn die Motive zu § 8, jetzt § 7 (S. 89), gerade für den hier vorliegenden Fall darauf hinweisen, daß die Papiere, die bei dem Zentralbankier liegen bleiben, gar nicht in den Gewahrsam des Provinzbankiers gelangt sind und eben deshalb diesem die Pflichten eines Verwahrers im Sinne des § 1 des Gesetzes nicht auferlegt werden können, so spricht dies in keiner Weise gegen die Annahme, daß § 9 Abs. 1, soweit es sich dort nicht um Papiere handelt, die zur Verwahrung oder als Pfand übergeben worden sind, sondern um solche, die der Kaufmann als Kommissionär in Besitz genommen hat, nicht nur den unmittelbaren sondern auch den mittelbaren Besitz trifft. Es wird im Gegenteil angenommen werden müssen, daß, wenn der Gesetzgeber den § 9 Abs. 1 auf die im unmittelbaren Besitze des Provinzbankiers befindlichen Papiere hätte beschränken wollen, er dies wie in § 7 so auch in § 9 durch die entsprechende Fassung zum Ausdrucke gebracht hätte.

Ist sonach weder dem Wortlaute des Gesetzes noch seiner Begründung etwas gegen die Annahme, daß zum Tatbestande des § 9 Abs. 1 in der zweiten Alternative auch mittelbarer Besitz genügt, zu entnehmen, so spricht die Tendenz des Gesetzes entschieden für diese Auffassung. Das Gesetz verfolgt den Zweck, den durch die bestehenden strafrechtlichen Vorschriften dem Publikum gewährten Schutz gegen die Gefahr des Verlustes deponierter Wertpapiere, der mehrfach Lücken enthielt, zu verstärken (Mot. S. 68), gesetzliche Maßregeln zur größeren Sicherung des Publikums gegen die Veruntreuung anvertrauter Inhaberpapiere zu schaffen (Mot. S. 63). Die Bestimmungen in § 9 Abs. 1 stellen sich wesentlich als eine Ergänzung des geltenden Rechtes hinsichtlich der Strafbestimmungen gegen Unterschlagung dar und sollen Fälle treffen, auf welche § 246 StGB. nicht angewendet werden kann, weil es an dem einen oder anderen Tatbestandsmerkmale dieses Paragraphen fehlt, so z. B. den durch § 246 StGB. nicht ohne weiteres getroffenen Fall der Verpfändung oder den Fall, in welchem das bei der Unterschlagung geforderte Tatbestandsmerkmal der f r e m d e n Sache wegen der mangelnden zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht festgestellt werden kann (RGSt. 2, 25;

5, 7; 3, 152; 21, 367, Motive S. 64 bis 66). Gerade um deswillen erscheint die Annahme durchaus gerechtfertigt, daß auch der Begriff des Besitzes in § 9 Abs. 1 des Gesetzes ein weiterer ist als in § 246 StGB. und daß das Depotgesetz gerade in Ergänzung des § 246 StGB. auch die Fälle treffen will, in denen der nur im mittelbaren Besitze der Papiere befindliche Provinzbankier über diese rechtswidrig verfügt, Fälle in denen, weil die Unterschlagung unmittelbaren Besitz, tatsächliche Herrschaft verlangt, § 246 StGB. nicht zur Anwendung kommen kann. Entgegengesetztenfalls würden die, wie auch die Motive anerkennen, praktisch häufig vorkommenden Fälle wie der eingangs unterstellte (Motive S. 89), in denen die gekauften oder eingetauschten Papiere bis auf weiteres beim Zentralbankier liegen bleiben, vom Gesetze nicht getroffen, und der vom Gesetz erstrebte verstärkte Schutz des privaten Kunden würde, soweit nicht im einzelnen Fall eine Bestrafung wegen Untreue nach § 266 StGB. eintreten könnte, (RGSt. 37, 198) in zahlreichen Fällen versagen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Eidesstattliche Versicherungen als Beweismittel beim Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins. Nach § 2357 BGB. hat der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, wenn er nicht von allen Erben gestellt wird, die Angabe zu enthalten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Nach der bisher herrschend gewesenen Meinung (vgl. noch neuerdings Münchmeyer, Erbnachweis S. 80 und Eichhorn in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Bd. 4 S. 392—396) kann sich der Antragsteller hierbei auf die bloße Behauptung der Erbschaftsannahme der Miterben beschränken. In dem Beschlusse des Kammergerichts in Berlin vom 28. Dezember 1903 (abgedruckt in der Zusammenstellung des Reichsjustizamts über Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. 4 S. 89 und in Mugdan-Falkmanns Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 296) ist jedoch mit zutreffenden Gründen dargelegt, daß diese Behauptung vom Antragsteller auch nachgewiesen werden muß. Aus der im § 2357 enthaltenen Bezugnahme auf § 2356 folgt, daß dieser Nachweis auch durch die in letzterem Paragraphen vorgesehene Versicherung an Eidesstatt darüber geführt werden kann, daß dem Antragsteller nichts bekannt sei, was seiner die fragliche Erbschaftsannahme betreffenden Angabe entgegenstehe. Jene Versicherung ist zwar nicht, wie in der Praxis häufig unterstellt zu werden scheint, das vorgeschriebene, aber sie ist eines der zulässigen Beweismittel für die Erbschaftsannahme der Miterben. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß der Antragsteller hierdurch eine Versicherung über die Handlung eines Dritten auf sich nimmt. Insoweit die Annahme ausdrücklich ihm gegenüber von einem Miterben erklärt worden ist, unterliegt die Zulässigkeit seiner eidesstattlichen Versicherung über diese, seiner Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gewesene Handlung des Miterben keinem Bedenken. Handelt es sich jedoch um eine aus schlüssigen Handlungen des Miterben vom Antragsteller bloß durch Folgerungen gewonnene Ansicht über die Erbschaftsannahme des Miterben, so nähert sich diese mehr einem Rechtsbegriff, welcher vom Antragsteller in seine tatsächlichen Elemente zu zerlegen ist. Meines Erachtens wäre daher jeder auch noch so versicherungsbereite Antragsteller, bevor er zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen wird, von dem zu deren Beurkundung berufenen Beamten zur Mitteilung derjenigen Tatsachen zu veranlassen, auf denen die Angabe des Antragstellers beruht, daß der Miterbe die Erbschaft angenommen habe. Das Nachlaßgericht ist hierzu nicht bloß berechtigt, sondern nach §§ 2358, 2359 BGB. auch verpflichtet. Und auch die Notare werden sich zu solcher Aufklärung des Sachverhalts entschließen müssen, wenn sie sich nicht der Gefahr aussetzen wollen, daß die von ihnen aufgenommenen Versicherungen als unvollständig vom Nachlaßgericht beanstandet werden. Die Ausübung jener Ermittelungspflicht wird namentlich dann geboten sein, wenn, wie es nur zu häufig vorkommt, der Antragsteller in seinem Antrage in demselben Atemzug das Unbekanntsein des Aufenthaltsorts von Miterben erwähnt und sich doch zur eidesstattlichen Versicherung ihrer Erbschaftsannahme erbietet, oder wenn die Erben im Auslande wohnen, Briefe über ihre Annahme-Erklärung von dem Antragsteller nicht vorgelegt werden und er sich nicht darüber äußert, auf welchem sonstigen als dem schriftlichen Wege er die Annahme in Erfahrung gebracht hat. Ein weit verbreiteter Irrtum besteht auch darin, auf diese Annahme daraus allein zu schließen, daß seit dem Eintritt des Erbfalls die sechswöchentliche Frist ohne Ausschlagungserklärung der Miterben verstrichen ist. Da nach § 1944 Abs. 2 BGB. der Beginn des Laufs dieser Frist davon abhängt, in welchem Zeitpunkt der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat und nach dem weiteren Inhalte der angeführten Vorschrift noch sonstige Momente für den Anfang und den Lauf dieser Frist in Betracht kommen, so würde eine sich auf eine bloße Fiktion der Erbschaftsannahme beziehende eidesstattliche Versicherung erst dann auf Vollständigkeit Anspruch erheben können, wenn die bezüglichen Angaben des Antragstellers sämtliche zum Tatbestande der fingierten Annahme (§ 1943 BGB. i. v. „oder wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist") erforderlichen Tatsachen umfassen. (Vgl. Abs. 2 des § 1944!).

Hiernach wäre bei Unzulänglichkeit der von dem versicherungsbereiten Antragsteller über die Erbschaftsannahme von Miterben abgegebenen Erklärungen:

entweder die Entgegennahme der Versicherung von dem Gericht oder Notar abzulehnen, oder auf eine trotzdem von dem Notar aufgenommene unzulängliche Versicherung hin die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins zu verweigern, oder

gemäß § 2358 Abs. 1 unter Benutzung der vom Antragsteller anzugebenden Beweismittel der Entscheidung eine Beweiserhebung über die Erbschaftsannahme der Miterben vorauszuschicken.

Selbstverständlich kann das Nachlaßgericht, da es nach § 2356 Abs. 2 a. E. die eidesstattliche Versicherung gänzlich erlassen kann, über eine minderwertige Versicherung duldsam hinweggehen. Von diesem freien Ermessen bei Beurteilung der Er-

Fordert § 9 Abs. 1 des Depotgesetzes unmittelbaren Besitz des Kommissionärs?

Von Reichsgerichtsrat **Ebermayer** in Leipzig.

§ 9 Abs. 1 des Ges. vom 5. Juli 1896 bedroht den Kaufmann mit Strafe, welcher über Wertpapiere der in § 1 des Gesetzes bezeichneten Art, die er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, außer dem Falle des § 246 des Strafgesetzbuches zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt. Es haben sich Zweifel ergeben, ob der Kommissionär auch dann sich nach § 9 Abs. 1 strafbar macht, wenn er in der dort bezeichneten Weise über Wertpapiere verfügt, die sich in seinem nur mittelbaren Besitze befinden.

Man unterstelle den Fall: Ein Privatkunde beauftragt seinen Bankier — nennen wir ihn Provinzbankier — aus des Kunden Depot drei Stücke österreichische Goldrente gegen drei Stücke Silberrente umzutauschen. Der Provinzbankier gibt den Auftrag unter gleichzeitiger Uebersendung der empfangenen Goldrente an ein Bankhaus in Berlin weiter unter Beobachtung der in § 8 Abs. 1 Satz 2 ihm auferlegten Pflichten; das Berliner Bankhaus — bezeichnen wir es als Zentralbankier — führt den Auftrag aus, verkauft die Goldrente, kauft dafür Silberrente, teilt das Stückeverzeichnis dem Provinzbankier mit, dieser gibt die Mitteilung an seinen Privatkunden, die gekauften Stücke Silberrente bleiben einstweilen beim Zentralbankier liegen; er ist sonach unmittelbarer Besitzer der Papiere, während der Provinzbankier und der Privatkunde nur mittelbare Besitzer sind. Nach einigen Monaten bedarf der Provinzbankier Barmittel und verpfändet, um sich solche zu verschaffen, die beim Zentralbankier liegende Silberrente, die seinem Privatkunden gehört, dem Zentralbankier. Hat er sich hierdurch des Vergehens nach § 9 Abs. 1 des Bankdepotgesetzes schuldig gemacht, obwohl die Papiere niemals in seinen unmittelbaren Besitz gelangt waren? Diese im Urteile des Reichsgerichts vom 23. Juni 1904 (RGSt. 37, 223, 230) berührte, aber damals nicht entschiedene Frage ist meines Erachtens zu bejahen.

Für die Unterschlagung hat die reichsgerichtliche Rechtsprechung mittelbaren Besitz als ausreichend nicht erklärt, vielmehr unmittelbaren Besitz in der Bedeutung einer tatsächlich bestehenden direkten Herrschafts- und Verfügungsgewalt gefordert. (RGSt. 5, 42, 218, 222 ff.; 10, 257, 260; 37, 198.[1])

Für den Tatbestand des § 9 Abs. 1 des Depotgesetzes muß jedoch, soweit es sich dort um eine Inbesitznahme seitens des Kommissionärs handelt, auch mittelbarer Besitz als ausreichend erachtet werden.

[1]) Vgl. auch das in Nr. 24 Jahrg. 1905 dieser Zeitschrift S. 512 abgedruckte Erkenntnis.

Das Gesetz spricht in § 9 Abs. 1 von „in Besitz nehmen". Sein Wortlaut steht sonach der Annahme mittelbaren Besitzes nicht entgegen. Die Motive zu § 10 des Entwurfes, jetzt § 9 des Gesetzes, geben ebensowenig wie die Reichstagsverhandlungen einen Anhalt, ob Besitz auch im Sinne des mittelbaren Besitzes zu verstehen sei. Der Umstand, daß § 7 Abs. 2 (Entwurf § 8 Abs. 2) dem Kommissionär die Pflichten des Verwahrers nach § 1 des Gesetzes nur insoweit auferlegt, als die Papiere sich in seinem „Gewahrsam" befinden, mag vielleicht schon dafür sprechen, daß bei dem „Inbesitznehmen" im Sinne des § 9 auch an den mittelbaren Besitzer gedacht ist. Wenn die Motive zu § 8, jetzt § 7 (S. 89), gerade für den hier vorliegenden Fall darauf hinweisen, daß die Papiere, die bei dem Zentralbankier liegen bleiben, gar nicht in den Gewahrsam des Provinzbankiers gelangt sind und eben deshalb diesem die Pflichten eines Verwahrers im Sinne des § 1 des Gesetzes nicht auferlegt werden können, so spricht dies in keiner Weise gegen die Annahme, daß § 9 Abs. 1, soweit es sich dort nicht um Papiere handelt, die zur Verwahrung oder als Pfand übergeben worden sind, sondern um solche, die der Kaufmann als Kommissionär in Besitz genommen hat, nicht nur den unmittelbaren sondern auch den mittelbaren Besitz trifft. Es wird im Gegenteil angenommen werden müssen, daß, wenn der Gesetzgeber den § 9 Abs. 1 auf die im unmittelbaren Besitze des Provinzbankiers befindlichen Papiere hätte beschränken wollen, er dies wie in § 7 so auch in § 9 durch die entsprechende Fassung zum Ausdrucke gebracht hätte.

Ist sonach weder dem Wortlaute des Gesetzes noch seiner Begründung etwas gegen die Annahme, daß zum Tatbestande des § 9 Abs. 1 in der zweiten Alternative auch mittelbarer Besitz genügt, zu entnehmen, so spricht die Tendenz des Gesetzes entschieden für diese Auffassung. Das Gesetz verfolgt den Zweck, den durch die bestehenden strafrechtlichen Vorschriften dem Publikum gewährten Schutz gegen die Gefahr des Verlustes deponierter Wertpapiere, der mehrfach Lücken enthielt, zu verstärken (Mot. S. 68), gesetzliche Maßregeln zur größeren Sicherung des Publikums gegen die Veruntreuung anvertrauter Inhaberpapiere zu schaffen (Mot. S. 63). Die Bestimmungen in § 9 Abs. 1 stellen sich wesentlich als eine Ergänzung des geltenden Rechtes hinsichtlich der Strafbestimmungen gegen Unterschlagung dar und sollen Fälle treffen, auf welche § 246 StGB. nicht angewendet werden kann, weil es an dem einen oder anderen Tatbestandsmerkmale dieses Paragraphen fehlt, so z. B. den durch § 246 StGB. nicht ohne weiteres getroffenen Fall der Verpfändung oder den Fall, in welchem das bei der Unterschlagung geforderte Tatbestandsmerkmal der fremden Sache wegen der mangelnden zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht festgestellt werden kann (RGSt. 2, 25;

5, 7; 3, 152; 21, 367, Motive S. 64 bis 66). Gerade um deswillen erscheint die Annahme durchaus gerechtfertigt, daß auch der Begriff des Besitzes in § 9 Abs. 1 des Gesetzes ein weiterer ist als in § 246 StGB. und daß das Depotgesetz gerade in Ergänzung des § 246 StGB. auch die Fälle treffen will, in denen der nur im mittelbaren Besitze der Papiere befindliche Provinzbankier über diese rechtswidrig verfügt, Fälle in denen, weil die Unterschlagung unmittelbaren Besitz, tatsächliche Herrschaft verlangt, § 246 StGB. nicht zur Anwendung kommen kann. Entgegengesetztenfalls würden die, wie auch die Motive anerkennen, praktisch häufig vorkommenden Fälle wie der eingangs unterstellte (Motive S. 89), in denen die gekauften oder eingetauschten Papiere bis auf weiteres beim Zentralbankier liegen bleiben, vom Gesetze nicht getroffen, und der vom Gesetz erstrebte verstärkte Schutz des privaten Kunden würde, soweit nicht im einzelnen Fall eine Bestrafung wegen Untreue nach § 266 StGB. eintreten könnte, (RGSt. 37, 198) in zahlreichen Fällen versagen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Eidesstattliche Versicherungen als Beweismittel beim Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins. Nach § 2357 BGB. hat der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, wenn er nicht von allen Erben gestellt wird, die Angabe zu enthalten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Nach der bisher herrschend gewesenen Meinung (vgl. noch neuerdings Münchmeyer, Erbnachweis S. 80 und Eichhorn in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Bd. 4 S. 392—396) kann sich der Antragsteller hierbei auf die bloße Behauptung der Erbschaftsannahme der Miterben beschränken. In dem Beschlusse des Kammergerichts in Berlin vom 28. Dezember 1903 (abgedruckt in der Zusammenstellung des Reichsjustizamts über Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. 4 S. 89 und in Mugdan-Falkmanns Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 296) ist jedoch mit zutreffenden Gründen dargelegt, daß diese Behauptung vom Antragsteller auch nachgewiesen werden muß. Aus der im § 2357 enthaltenen Bezugnahme auf § 2356 folgt, daß dieser Nachweis auch durch die in letzterem Paragraphen vorgesehene Versicherung an Eidesstatt darüber geführt werden kann, daß dem Antragsteller nichts bekannt sei, was seiner die fragliche Erbschaftsannahme betreffenden Angabe entgegenstehe. Jene Versicherung ist zwar nicht, wie in der Praxis häufig unterstellt zu werden scheint, das vorgeschriebene, aber sie ist eines der zulässigen Beweismittel für die Erbschaftsannahme der Miterben. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß der Antragsteller hierdurch eine Versicherung über die Handlung eines Dritten auf sich nimmt. Insoweit die Annahme ausdrücklich ihm gegenüber von einem Miterben erklärt worden ist, unterliegt die Zulässigkeit seiner eidesstattlichen Versicherung über diese, seiner Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gewesene Handlung des Miterben keinem Bedenken. Handelt es sich jedoch um eine aus schlüssigen Handlungen des Miterben vom Antragsteller bloß durch Folgerungen gewonnene Ansicht über die Erbschaftsannahme des Miterben, so nähert sich diese mehr einem Rechtsbegriff, welcher vom Antragsteller in seine tatsächlichen Elemente zu zerlegen ist. Meines Erachtens wäre daher jeder auch noch so versicherungsbereite Antragsteller, bevor er zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen wird, von dem zu deren Beurkundung berufenen Beamten zur Mitteilung derjenigen Tatsachen zu veranlassen, auf denen die Angabe des Antragstellers beruht, daß der Miterbe die Erbschaft angenommen habe. Das Nachlaßgericht ist hierzu nicht bloß berechtigt, sondern nach §§ 2358, 2359 BGB. auch verpflichtet. Und auch die Notare werden sich zu solcher Aufklärung des Sachverhalts entschließen müssen, wenn sie sich nicht der Gefahr aussetzen wollen, daß die von ihnen aufgenommenen Versicherungen als unvollständig vom Nachlaßgericht beanstandet werden. Die Ausübung jener Ermittelungspflicht wird namentlich dann geboten sein, wenn, wie es nur zu häufig vorkommt, der Antragsteller in seinem Antrage in demselben Atemzug das Unbekanntsein des Aufenthaltsorts von Miterben erwähnt und sich doch zur eidesstattlichen Versicherung ihrer Erbschaftsannahme erbietet, oder wenn die Erben im Auslande wohnen, Briefe über ihre Annahme-Erklärung von dem Antragsteller nicht vorgelegt werden und er sich nicht darüber äußert, auf welchem sonstigen als dem schriftlichen Wege er die Annahme in Erfahrung gebracht hat. Ein weit verbreiteter Irrtum besteht auch darin, auf diese Annahme daraus allein zu schließen, daß seit dem Eintritt des Erbfalls die sechswöchentliche Frist ohne Ausschlagungserklärung der Miterben verstrichen ist. Da nach § 1944 Abs. 2 BGB. der Beginn des Laufs dieser Frist davon abhängt, in welchem Zeitpunkt der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat und nach dem weiteren Inhalte der angeführten Vorschrift noch sonstige Momente für den Anfang und den Lauf dieser Frist in Betracht kommen, so würde eine sich auf eine bloße Fiktion der Erbschaftsannahme beziehende eidesstattliche Versicherung erst dann auf Vollständigkeit Anspruch erheben können, wenn die bezüglichen Angaben des Antragstellers sämtliche zum Tatbestande der fingierten Annahme (§ 1943 BGB. i. v. „oder wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist") erforderlichen Tatsachen umfassen. (Vgl. Abs. 2 des § 1944!).

Hiernach wäre bei Unzulänglichkeit der von dem versicherungsbereiten Antragsteller über die Erbschaftsannahme von Miterben abgegebenen Erklärungen:

entweder die Entgegennahme der Versicherung von dem Gericht oder Notar abzulehnen, oder auf eine trotzdem von dem Notar aufgenommene unzulängliche Versicherung hin die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins zu verweigern, oder

gemäß § 2358 Abs. 1 unter Benutzung der vom Antragsteller anzugebenden Beweismittel der Entscheidung eine Beweiserhebung über die Erbschaftsannahme der Miterben vorauszuschicken.

Selbstverständlich kann das Nachlaßgericht, da es nach § 2356 Abs. 2 a. E. die eidesstattliche Versicherung gänzlich erlassen kann, über eine minderwertige Versicherung duldsam hinweggehen. Von diesem freien Ermessen bei Beurteilung der Er-

fordernisse eines auf Grund des § 2357 gestellten Antrags wird es namentlich dann Gebrauch machen, wenn die Schwierigkeiten oder Kosten der Herbeischaffung des Materials für das Vorhandensein der Erbschaftsannahme in keinem Verhältnis zu dem Werte des Nachlasses stehen.

Oberlandesgerichtsrat Freudenthal in Colmar.

Die Besetzung des Berufungsgerichts bei Aburteilung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 20 des bayerischen Vereinsgesetzes. Eine Strafkammer des Landgerichts M. hatte kürzlich als Berufungsgericht über eine Zuwiderhandlung nach Art. 20 des Bay. VG. v. 26. Febr. 1850 i. d. Fass. d. G. v. 15. Juni 1898 zu urteilen. Bei Eintritt in die Hauptverhandlung erhoben sich Bedenken über die Besetzung des Gerichtshofs, die nach längerer Beratung in der Weise gelöst wurden, daß sich das Gericht für eine Besetzung in der Zahl von drei Mitgliedern entschied.

Dieses Vorgehen war m. E. nicht zutreffend.

Nach Art. 77 Abs. 2 GVG. sind die Strafkammern als Berufungsinstanz in der Hauptverhandlung, abgesehen von den hier nicht in Frage kommenden Fällen der Privatklage, ausschließlich bei Uebertretungen mit drei Mitgliedern, in allen übrigen Fällen mit fünf Mitgliedern zu besetzen. Uebertretungen sind aber nach § 1 Abs. 3 StGB. alle mit Haft oder Geldstrafe bis zu 150 Mk. bedrohten Handlungen.

Die Strafdrohung in Art. 20 des Bay. VG. ist noch in der alten Guldenwährung ausgedrückt. Die hier namhaft gemachten Verfehlungen sind mit Geldstrafen bis zu 100 Gulden zu ahnden. Umgerechnet in die nunmehr geltende Reichswährung nach Art. 1 Abs. 1 des Bay. Ges. v. 8. Nov. 1875 (Ges. u. VBl. S. 665) beträgt die Geldstrafe im Höchstmaß 180 Mk. Es stellen sich also die Verfehlungen gegen Art. 20 Bay. VG. im Sinne des § 1 StGB. nicht als Uebertretungen, sondern als Vergehen dar.

Nun ist nicht außer acht zu lassen, daß die Strafvorschriften über den Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts der Landesgesetzgebung angehören (§ 2 Abs. 2 EG. z. StGB.; Art. 3 Ziff. 9 Bay. AG. z. StPO.). Nach Art. 5 Abs. 1 des Bay. AG. z. StPO. behalten Handlungen, die durch ein neben dem Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich in Geltung gebliebenes Landesgesetz mit Strafe bedroht sind und vor dem Inkrafttreten jenes Gesetzbuchs die Eigenschaft von Polizeiübertretungen oder Uebertretungen an sich trugen, in strafrechtlicher Beziehung auch künftig die Eigenschaft von Uebertretungen, wenngleich die hiefür angedrohte Strafe dasjenige Maß übersteigt, welches in § 1 Abs. 3 und § 18 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich für Uebertretungen festgesetzt ist. Diese Bestimmung findet auf Zuwiderhandlungen gegen Art. 20 des Bay. VG. Anwendung, da nach Art. 10 des Bay. Ges. v. 10. Nov. 1861, die Einführung des Bay. StGB. und Bay. PStGB. betr. (GBl. 1861/62 S. 321 ff.), die in Art. 20 des Gesetzes vom 26. Febr. 1850 über die Versammlungen und Vereine bezeichneten Handlungen Polizeiübertretungen sind.

Sonach haben Zuwiderhandlungen nach Art. 20 Bay. VG. auch heute noch den Charakter von Uebertretungen, jedoch — und das darf nicht übersehen werden — nicht allgemein und schlechthin, sondern lediglich, wie Art. 5 Abs. 1 Bay. AG. z. StPO. ausdrücklich betont, in strafrechtlicher Beziehung. Die vorbehaltene Uebertretungseigenschaft der durch Art. 5 Abs. 1 Bay. AG. z. StPO. getroffenen strafbaren Handlungen ist nur bezüglich des materiellen Strafrechts maßgebend. Die Wirkung des Art. 5 Abs. 1 Bay. AG. z. StPO. erschöpft sich darin, daß die Polizeiübertretungen und Uebertretungen des alten bayerischen Rechtes, sie mögen nach heutigem Reichsrecht Uebertretungen sein oder nicht, wie Uebertretungen des StGB. den Vorschriften der §§ 1—79 StGB. unterliegen (Koller, AG. z. StPO., S. 15, n. 1 zu Art. 5; v. Sartor, Bay. VG., 3. Aufl. S. 120 *).

Hiegegen hat der Art. 5 Abs. 1 Bay. AG. z. StPO. auf das Verfahren und die Zuständigkeit keinen Bezug. In strafprozessualer Hinsicht entscheidet vielmehr das Reichsrecht, das hier auf den § 1 des StGB. zurückgreift. Auf prozessualem Gebiete gilt sonach eine Strafvorschrift des Landesstrafrechts, auch wenn ihr nach Anordnung des Art. 5 Abs. 1 Bay. AG. z. StPO. in strafrechtlicher Beziehung der Charakter einer Uebertretung innewohnt, nur dann als Uebertretung, wenn ihre Strafdrohung sich in dem Rahmen des § 1 Abs. 3 des StGB. hält.

Diese Schlußfolgerung ergibt sich nicht nur aus den Worten des Gesetzes selbst, sondern hat auch die ausdrückliche Billigung des Gesetzgebers für sich. Bei der Beratung der Justizkommission des Reichstags über den dem nunmehrigen § 27 Nr. 1 GVG. entsprechenden § 14 Nr. 1 des Entwurfs wurde in Veranlassung der Anfrage eines Abgeordneten unter Zustimmung des Regierungskommissärs eigens konstatiert, daß unter „Uebertretungen im Sinne der Nr. 1" diejenigen in dem Strafgesetzbuch, in Reichs- und Landesgesetzen vorkommenden Delikte zu verstehen sind, welche mit einer Strafe bedroht sind, die sich innerhalb der aus dem Strafgesetzbuche sich ergebenden Grenze der Uebertretungsstrafen hält, und daß in analoger Weise der Begriff des „Vergehens" in Nr. 2 des § 14 zu verstehen ist (Hahn, Mat. z. GVG., Abt. 1 S. 452, 920). Die Motive des Entwurfs eines Bay. AG. z. StPO. S. 21—22 fügen dem noch weiter bei, daß bei den höher strafbaren Uebertretungen, die im Sinne des RStGB. Vergehen wären, bezüglich der Zuständigkeit die Strafgrenze des § 27 Nr. 2 GVG. zur Anwendung kommt.

Nach diesen Ausführungen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß Zuwiderhandlungen gegen Art. 20 des Bay. VG. wie auf dem Zuständigkeits- und prozessualen Gebiet überhaupt so insbesondere bei Anwendung des § 77 GVG., trotz des Art. 5 Abs. 1 AG. z. StPO. gemäß § 1 StGB. als Vergehen zu behandeln sind. Die notwendige Folge davon aber ist, daß über die Berufung gegen Urteile der gemäß § 27 Nr. 2 GVG. zur erstinstanziellen Verhandlung berufenen Schöffengerichte die Strafkammern in der Besetzung von fünf Mitgliedern zu entscheiden haben.

III. Staatsanwalt Dr. Schanz in München.

Transportkosten bei der Zwangserziehung. S. von Tr. in Oberbayern, ein „ganz böser, roher und verkommener Bube", war durch Beschluß des Amtsgerichtes Tr. der Zwangserziehung überwiesen worden. Mit Rücksicht auf den Charakter und die bisherige Führung des S. verfügte das Bezirksamt seine Unterbringung in einer Besserungsanstalt. Hiegegen beschwerte sich der Vater des S. Die Regierung änderte

unter Berufung auf § 28 Abs. 2 der Vollzugs-Bekanntmachung zum Zwangserziehungsgesetze vom 28. Juni 1902 den Bescheid des Bezirksamtes dahin ab, daß S. in einer Familie unterzubringen sei. So kam denn S. in die Familie seines älteren Bruders in Gr. (Niederbayern). Die Kosten der Verbringung des S. nach Gr. bezahlte die Heimatgemeinde. Nicht lange, so verübte S. in der Kirche zu Gr. während des Gottesdienstes einen Taschendiebstahl und entwendete überdies eine bedeutende Geldsumme. Zudem drang das Pfarramt auf die schleunige Entfernung des S., da er die Kinder des Ortes in sittlicher Beziehung aufs schwerste gefährde. Nun ordnete das Bezirksamt neuerdings die Unterbringung des S. in einer Anstalt an. Jetzt hatte der Vater nichts mehr dagegen zu erinnern. In Frage kam nur eine Anstalt in der Pfalz (Pirmasens). Sie allein forderte außer einem mäßigen Verpflegungssatze keine Nebenleistungen und knüpfte die Aufnahme an keine weiteren Bedingungen. Alle anderen Anstalten hatten sich geweigert, den S. zu nehmen. Entweder war kein Platz da oder man wollte mit einem solchen Burschen wie S. überhaupt nichts zu schaffen haben. Unter entsprechenden Vorsichtsmaßregeln wurde also S. — wieder für Rechnung der Heimatgemeinde — in die Anstalt nach Pirmasens verbracht.

Da wurde gegen S. wegen der Diebstähle das Hauptverfahren vor dem Landgerichte D. in Niederbayern eröffnet. Einen für S. gestellten Antrag, ihn nach § 232 der StPO. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden, lehnte das Gericht ab. Nunmehr wendete sich der Staatsanwalt an das Bezirksamt mit dem Ersuchen, die Gestellung des S. zur Hauptverhandlung zu veranlassen. Die Heimatgemeinde weigerte sich diesmal aber entschieden, die hiefür erwachsenden Kosten zu übernehmen. So mußte das Bezirksamt — zu einer Verschubung lag kein Grund vor — es dem Staatsanwalt anheimgeben, für die Gestellung des S. Sorge zu tragen. Gegen S. wurde dann, weil er im Termine nicht erschien, Haftbefehl erlassen.

Das Verfahren gegen S. endete mit seiner Verurteilung zu mehreren Monaten Gefängnis. Doch wurde er zur bedingten Begnadigung empfohlen, der sofortige Strafvollzug also nicht eingeleitet. Unter diesen Umständen blieb nichts übrig, als den S. wieder nach Pirmasens zurückzuliefern. Dies geschah jetzt im Wege der Verschubung. Die Entscheidung darüber, wer die Ausgaben hiefür zu bestreiten habe, wurde einstweilen offen gelassen.

Weder der Zwangszögling noch seine unterhaltspflichtigen Verwandten besitzen Vermögen. Die Auslagen für Reisekosten, Begleiter u. s. f. erreichen wegen der großen Entfernungen eine beträchtliche Höhe. Wer hat nun für die verschiedenen, im vorliegenden Falle sich ergebenden Transportkosten aufzukommen?

Diese Frage ist unschwer zu beantworten, soweit es sich um die Kosten handelt, welche aus der Verbringung des S. nach Gr. und von dort nach Pirmasens erwachsen. Diese sind zweifellos als Kosten der Zwangserziehung zu erachten (vgl. von der Pfordten, Zwangserziehungsgesetz, 1902, S. 53). Die Heimatgemeinde muß sie also vorschießen, kann aber verlangen, daß ihr ein Fünftel vom Distrikt und zwei Fünftel vom Staat ersetzt werden (Art. 8, Abs. 1 und 3 des Zwangserziehungsgesetzes, § 50 ff. der erwähnten Vollzugs-Bekanntmachung).

Dagegen hat sich die Heimatgemeinde u. E. mit Recht gesträubt, auch die Kosten der Verbringung des S. von Pirmasens nach D. zu tragen. Zu den „Kosten der Zwangserziehung“ können sie wohl nicht gerechnet werden. Allerdings sagt von der Pfordten a. a. O.: „Von der Vorschrift des Art. 8 werden alle Kosten umfaßt, die von dem Augenblick an entstehen, in dem die Distriktspolizeibehörde zur Ueberführung des Minderjährigen an seinen Bestimmungsort schreitet, bis zu dem Augenblick, in dem die Zwangserziehung endgültig beendet ist.“ Eine derartige äußerliche Abgrenzung nach Zeitabschnitten dürfte aber kaum dem Sinne des Gesetzes gerecht werden. Denn das Gesetz spricht nicht etwa von den während der Dauer der Zwangserziehung erwachsenden Kosten, sondern von den Kosten d e r Zwangserziehung. Unter Kosten der Zwangserziehung werden vielmehr nur jene Kosten zu verstehen sein, die mit den Zwecken der Zwangserziehung im Zusammenhange stehen und zur Durchführung der Zwangserziehung nötig sind. Die Ueberführung des S. nach D. zur gerichtlichen Verhandlung steht aber mit seiner Zwangserziehung in keiner Verbindung, ja sie widerspricht geradezu den Zwecken der Zwangserziehung; wird doch ein Erfolg dieser Maßregel nur durch einen möglichst ununterbrochenen Aufenthalt des Minderjährigen in der Anstalt, seine Anhaltung zu ernster Arbeit und seine Abschließung von ungeeignetem Verkehre gewährleistet. Aus dem Zwangserziehungsgesetze läßt sich daher keine Verpflichtung der Heimatgemeinde zur Uebernahme der fraglichen Kosten herleiten. Die Heimatgemeinde kann aber auch nicht auf Grund des Armengesetzes in Anspruch genommen werden. Art. 11 Abs. 3 des Gesetzes (in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Juli 1899) schlägt hier nicht ein und unter Art. 13 Ziff. 2 können allenfalls Kosten der Heimreise vom Verhandlungsorte, nicht aber Kosten der Reise zum Verhandlungsorte gebracht werden (vgl. hiezu Körbling, Handbuch der öffentlichen Armenpflege, 2. Auflage, 1903, S. 199). Die Verbringung des S. von Pirmasens nach D. diente nur dem rein staatlichen Interesse, das daran besteht, Verbrecher der Strafe zuzuführen. Sache der Justizbehörden war es demnach auch, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Die durch den Vollzug des Haftbefehls verursachten Kosten fallen natürlich der Staatskasse zur Last.

Was endlich die Kosten der Zurücklieferung des S. nach Pirmasens anlangt, so ist zunächst zu betonen, daß es sich um keine zwangsweise H e i m schaffung des S. (eigentliche Schubkosten) handelt. Diese Kosten wird man vielmehr wieder als Kosten der Zwangserziehung zu betrachten haben. Der Fall liegt hier wohl kaum anders, als wenn ein Zwangszögling aus der Familie, in der er untergebracht ist, entweicht, oder aus einer Anstalt entspringt. Die Kosten seiner Zurückschaffung bei solchen Anlässen dürften ebenso zu behandeln sein wie die Kosten der erstmaligen Verbringung an den Ort, wo die Zwangserziehung durchgeführt werden soll.

Regierungsakzessist S e e l in München.

Weiterveräußerung auf Abzahlung gekaufter Gegenstände. Unter dieser Ueberschrift findet sich in Nr. 22 S. 468 dieser Zeitschrift die zweifellos richtige, in der Literatur und Praxis allgemein anerkannte und nirgends bestrittene Ansicht vertreten, daß der Weiter-

verkauf der unter Eigentumsvorbehalt gekauften und nicht bezahlten beweglichen Sachen nur Unterschlagung, nicht auch Betrug ist, da ja der angeblich betrogene gutgläubige Erwerber im Hinblick auf § 932 BGB. Eigentümer wird und demnach nicht geschädigt ist. Hinzuzufügen wäre: Was für den gutgläubigen Erwerber gilt, gilt gemäß § 1207 BGB. ebenso für den gutgläubigen Pfandgläubiger. Auch die Verpfändung der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenstände durch den Käufer vor Zahlung des Kaufpreises kann nur Unterschlagung, nicht noch Betrug sein, da der gutgläubige Pfandgläubiger durch die Handlung des Verpfänders nicht geschädigt wird, sondern Pfandrecht erwirbt (vgl. u. a. RGE. III v. 9. Juni 1904 in Seuff. Bl. f. RA. 1904 S. 503).

Anders liegt aber das Verhältnis bei Veräußerung oder Verpfändung gestohlener ꝛc. (§ 935 BGB.) Sachen. Hier kann selbstverständlich von einer nochmaligen Unterschlagung der nämlichen, bereits durch Diebstahl oder eine andere strafbare Handlung erlangten Sachen nicht mehr die Rede sein, wohl aber von einem realkonkurrierenden, dem Diebstahl ꝛc. nachfolgenden und mit der betrügerischen Vorspiegelung beginnenden Betrug, wenn der Täter zwecks Verwertung einer solchen Sache einen gutgläubigen Dritten — Erwerber oder Pfandgläubiger — schädigt (§ 935 cit.) und damit durch eine weitere selbständige Handlung, die alle Merkmale des § 263 StGB. an sich trägt und nicht einfach unberücksichtigt bleiben kann, so sehr auch Grund besteht, die Vervielfältigung von Deliktsbegriffen zu vermeiden, ein weiteres Rechtsgut verletzt. Daß dies dem Gefühle für Billigkeit widerstrebe, wie Hussong in den Bl. f. RA. 1904 S. 8 meint, kann ich nicht anerkennen. Wer, um wenn auch nur einen einzigen Zweck zu erreichen, mehrere selbständige Straftaten begeht, hat naturgemäß auch mehrere Strafen verwirkt. Daß der Täter in einem solchen Fall „eigentlich (?) bis in idem" verurteilt werde, wie Hussong l. c. S. 9 meint, trifft nicht zu. Ebensowenig ist der Einwand Hussongs stichhaltig, der Täter habe nicht das Bewußtsein von einer Schädigung des Abnehmers, da er selbst die Nichtentdeckung der Tat oder wenigstens die Nichteruierung des Abnehmers wünsche; denn das Vermögen des letzteren ist — was Hussong übersieht — objektiv nicht erst dann geschädigt, wenn der Eigentümer seine Sache vindiziert, sondern schon dadurch, daß der gutgläubige Dritte in dem vom Beschuldigten erregten Irrtum, Eigentum oder Pfandrecht zu erwerben, einen Vermögenswert lediglich gegen den prekären Besitz einer fremden Sache hingibt, deren Herausgabe ohne Entschädigung er jederzeit riskieren muß. Nur auf diese objektive Vermögensbeschädigung, die vom Vorsatz des Beschuldigten umfaßt wird, kommt es an, mag auch der betrogene Abnehmer eben infolge jenes durch den Betrüger verursachten Irrtums nicht sofort Kenntnis von seinem Schaden erlangen oder schließlich wegen eines dem Beschuldigten nicht zuzurechnenden, ihm jedenfalls nicht zugute kommenden rein zufälligen Umstandes — z. B. durch Verzicht des Eigentümers auf seine Vindikationsbefugnis und nachträgliche Uebertragung des Eigentums seitens des Eigentümers — keinen weiteren Schaden erleiden. (Vgl. auch RGE. III v. 23. Januar 1905 in Bl. f. RA. 1905 S. 736.)

Amtsrichter Dr. Doerr in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Grundbuchsachen.

Erwirbt die Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder staatlichen Anstalt unter ihrer besonderen Firma ein Recht, so muß die Eintragung in das Grundbuch auf die Firma der Zweigniederlassung lauten. N. hat der Kgl. Filialbank Rosenheim eine Hypothek zur Sicherung aller Ansprüche, die ihr aus dem ihm eröffneten Kredite oder der Kgl. Bank auf Grund seines Verkehrs mit einer ihrer Zweigniederlassungen aus irgend welchem Rechtsgrunde bereits erwachsen sind und noch erwachsen werden, verpfändet und die Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch beantragt. Das Grundbuchamt hat als Pfandgläubigerin die „Kgl. Bayer. Bank in Nürnberg, Filiale Rosenheim" eingetragen. Die Bankdirektion beantragte, die „Kgl. Filialbank Rosenheim" als Pfandgläubigerin im Wege der Berichtigung des Grundbuchs einzutragen. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag ab. Die eingelegte Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das Oberste Landesgericht ging in seinem im Hinblick auf die Entscheidung des OLG. Dresden vom 7. April 1903 (Rspr. d. OLG. Bd. 9 S. 351) gemäß § 79 Abs. 2 GBO. erlassenen Vorlagebeschlusse davon aus, daß für einen Einzelkaufmann Rechte in das Grundbuch nur unter seinem bürgerlichen Namen,[1]) nicht unter seiner Firma einzutragen seien, und zwar auch für den Fall, daß der Einzelkaufmann mehrere Niederlassungen mit verschiedenen Firmen hat; es nahm sodann an, daß dasselbe gelten müsse, wenn es sich um die Eintragung für die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder einer staatlichen Anstalt handelt; denn auch deren Vermögen sei ein ebenso einheitliches wie das des Einzelkaufmanns, Rechtsgeschäfte zwischen den verschiedenen Niederlassungen seien bei ihnen ebensowenig möglich wie beim Einzelkaufmann, und auch bei ihnen sei das Grundbuch nicht zu einer auf den Umfang einer Prokura oder sonstigen Vollmacht bezüglichen Eintragung bestimmt. Das Reichsgericht hat durch Beschluß des V. Zivilsenates vom 1. Nov. 1905 den in der Ueberschrift enthaltenen Rechtssatz mit folgender Begründung ausgesprochen:

Bei einer Aktiengesellschaft, einer juristischen Person und einem gewerblichen Unternehmen des Reiches, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes hat die Firma eine wesentlich andere Bedeutung als beim Einzelkaufmann; denn bei ihnen ist die Firma nicht nur der Name, unter dem sie gewerbliche Geschäfte betreiben, sondern sie ist ihr alleiniger Name. Es kann also bei ihnen gar nicht die Frage auftauchen, auf welchen Namen Rechte für sie ins Grundbuch einzutragen sind. Zweifel können nur entstehen, wenn sie Zweigniederlassungen unter Firmen gegründet haben, die von denen der Hauptniederlassung abweichen, und von der Hauptniederlassung oder von einer Zweigniederlassung die Eintragung auf die besondere Firma der Zweigniederlassung beantragt wird. Indes muß der Gedanke, daß solchenfalls die Aktiengesellschaft oder staatliche Anstalt unter einer von ihrem

[1]) Bei dem Einzelkaufmann haben sich **gegen** die Eintragung der Firma ausgesprochen das Kammergericht Berlin (10. September 1902, 4. Mai 1903, 25. Januar 1904 E. l. A. d. fr. Gbkt. u. d. Gbrs. Bd. 3 S. 196, Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 504, wo auch die Literatur angeführt ist, Bd. 8 S. 313, 314 Buchst. m.), das OLG. Jena (16. November 1901, Zentr.-Bl. Bd. 3 S. 300 Nr. 167), das OLG. Karlsruhe (26. September 1903, Zentr.-Bl. Bd. 5 S. 153 Nr. 151), dann Gocken im Recht 1903 Bd. 7 S. 453 f., **für** die Eintragung der Firma hat sich das OLG. Colmar (10. Juli 1902, Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 254) ausgesprochen, vgl. noch Planck BGB. Bd. 3 Bem 2 lit. a, 1. u. 2. Aufl. S. 458, 3. Aufl. S. 529. In § 261 der Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins (Amtl. Ausg. S. 103) ist angeordnet, daß ein Einzelkaufmann mit seinem bürgerlichen Namen, nicht mit der Firma in das Grundbuch eingetragen werden soll.

bürgerlichen Namen abweichenden Firma am Orte der Zweigniederlassung gewerbliche Geschäfte treibe, von der Hand gewiesen werden. Solche Gesellschaften und Anstalten haben keinen bürgerlichen Namen; sie führen einen Namen nur vermittels ihrer Firma (RGE. in ZS. Bd. 1 S. 26, 28, Bd. 3 S. 68). Errichten sie eine Zweigniederlassung mit abweichender Firma, so bildet diese Firma wiederum für den Geschäftskreis der Zweigniederlassung ihren einzigen Namen. Erwirbt also die Zweigniederlassung eine Hypothek unter ihrer Firma, so macht sie, da sie keine selbständige Rechtspersönlichkeit hat, den Erwerb für die Aktiengesellschaft oder staatliche Anstalt unter deren für ihre durch die Zweigniederlassung betriebenen Geschäfte allein maßgebendem Namen. Daraus ergibt sich, daß die Eintragung in das Grundbuch auf die Firma der Zweigniederlassung lauten muß, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. So allein wird der Gläubiger im Sinne des § 1115 BGB. richtig bezeichnet. Mit diesen Ausführungen steht das in der JW. 1904 S. 297 mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts nicht im Widerspruche, in dem im wesentlichen nur ausgeführt wird, daß eine von einer Filiale unter ihrer Firma erworbene Hypothek nicht ihr als einer besonderen Person, sondern der Aktiengesellschaft zusteht. Y.

332

B. Zivilsachen.

I.

Anfechtung einer unterbliebenen Erbeinsetzung? D. S. hat 1896 in einem Testament als Erben berufen: 1. die Kinder seines verstorbenen Bruders J. G. S. zu $^{5}/_{12}$; 2. seine Schwester M. D. zu $^{5}/_{12}$; 3. den Sohn seiner verstorbenen Schwester Chr. E. zu $^{2}/_{12}$. Weiter bestimmte er: „Wenn eine oder die andere dieser Personen vor mir stirbt, so treten seine erbfähigen Nachkommen an seine Stelle mit der Ausnahme, daß, wenn meine Schwester M. D. vor mir stirbt, ihre Tochter Karoline, welche ihre Tante, meine Schwester, ganz beerbt hat, ausgeschlossen sein soll.“ D. S. starb am 30. August 1903; seine Schwester M. D. war schon vor ihm gestorben. Karoline D. und ihr Mann fochten das Testament an und klagten auf Feststellung, daß die Enterbung der Karoline D. nichtig und sie Erbin sei, weil der Erblasser in dem Irrtum befangen gewesen sei, Karoline D. habe ihre Tante beerbt. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Die Revision war erfolglos.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Anfechtung mache das Testament nur insoweit, als auf Irrtum beruhend, nichtig. Erbin könne Karoline D. nicht werden, sie sei weder durch Gesetz noch durch letztwillige Verfügung als Erbin berufen; die angeblich durch Irrtum beeinflußte Bemerkung des Testators erläutere nur, warum sie nicht bedacht sei. Wolle man annehmen, die Erbeinsetzung der 6 Geschwister der Klägerin sei insoweit nichtig, als diese auf mehr als je $^{1}/_{7}$ des Erbteils der Mutter eingesetzt seien, so würde $^{1}/_{7}$, worüber nicht verfügt sei, den auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Geschwistern der Klägerin zufolge Anwachsung zufallen. Die Revision meint, die Erbeinsetzung der Karoline D. liege in den Worten: „Wenn eine oder die andere dieser Personen vor mir stirbt, so treten seine erbfähigen Nachkommen an seine Stelle“, die folgenden Worte „mit der Ausnahme, daß“ enthielten die irrtümliche Ausschließung der Karoline D., falle diese Ausschlagung weg, so erbe sie kraft des Testaments. Die Revision übersieht, daß der Wille des Testators dahin ging, nur die Geschwister der Klägerin als Erben zu berufen. Er hat nicht die Karoline D. als Erbin eingesetzt, alsdann die Erbeinsetzung infolge Irrtums widerrufen, sondern eine Einsetzung der Karoline D. überhaupt nicht gewollt, er hat im Testament nur angegeben, daß und warum er sie nicht einsetze. Da eine Berufung durch letztwillige Verfügung nicht erfolgt ist, könnte Karoline D. nur kraft Gesetzes Erbin werden. Zur gesetzlichen Erbfolge kann es aber nicht kommen, weil die Bruchteile, auf welche die Erben eingesetzt sind, das Ganze erschöpfen (vgl. § 2088 BGB.). Die Zuwendung von $^{5}/_{12}$ des Nachlasses an die Nachkommen der M. D. ist von dem angeblichen Irrtum nicht beeinflußt. Bleibt sie aber von der Anfechtung unberührt, so ist über $^{12}/_{12}$ des Nachlasses verfügt, eine gesetzliche Erbfolge daher ausgeschlossen. (Urt. des IV. Z.-S. vom 12. Oktober 1905.) — — —n.

323

II.

Gerichtsstand für Klagen wegen ungerechtfertigter Bereicherung. (§ 29 ZPO.) **Aus den Gründen:** Die Parteien gehen davon aus, daß der Gesellschaftsvertrag, auf dessen Nichtbestehen der 1. Antrag der Klage gerichtet ist, in Tr. zu erfüllen ist und daher insoweit der Gerichtsstand des § 29 ZPO. gegeben ist. Verbunden mit der Feststellungsklage ist eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB. Die Zulässigkeit der Verbindung hat nach § 260 ZPO. zur Voraussetzung, daß das Landgericht Tr. auch für die Bereicherungsklage zuständig ist. Die Zuständigkeit ist für beide Ansprüche selbständig zu prüfen: ein Gerichtsstand des Zusammenhangs ist der ZPO. unbekannt, auch nicht in der von der Revision angeführten Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 52 S. 54) anerkannt. Auf § 29 ZPO. aber kann die Zuständigkeit des Landgerichts Tr. für die Bereicherungsklage nicht gestützt werden. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist nur gegeben für Klagen auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung und Entschädigung wegen Nichterfüllung. Daß die Klage auf Rückforderung einer Leistung, die auf Grund eines nichtigen Vertrags gemacht wurde, da erhoben werden kann, wo der Vertrag zu erfüllen gewesen wäre, bestimmt das Gesetz nicht. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts steht fest, daß das forum contractus nicht Platz greift bei den im gemeinen Recht als Quasi-Kontrakt bezeichneten Rechtsverhältnissen, also bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, auftragsloser Geschäftsführung usw. (Urt. des I. Z.-S. vom 16. September 1905.) — — —n.

328

III.

Schadensersatz wegen Vollstreckung. Einfluß des Mitverschuldens des Schuldners. S. hat ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil erwirkt. Er ließ bei L. am 31. Dezember 1900 Waren pfänden und am 15. Januar 1901 versteigern. L. hatte in einem dem S. am 20. Dezember 1900 zugestellten, seine Einwendungen enthaltenden Schriftsatz Einspruch eingelegt. Daraufhin wurde am 28. Dezember 1902 das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage des S. abgewiesen. Jetzt fordert L. von S. auf Grund des § 717 Abs. 2 ZPO. Ersatz des durch die Vollstreckung des Versäumnisurteils entstandenen Schadens. Das Landgericht gab der Klage durch ein über den Grund des Anspruchs entscheidendes Zwischenurteil statt. Das Oberlandesgericht verwarf die Berufung und verwies zugleich die Sache zur Verhandlung über den Betrag des Anspruchs zurück. Das Reichsgericht hat diese Entscheidung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht hat angenommen, der Schaden sei nicht dadurch entstanden, daß L. das vorläufig vollstreckbare Versäumnisurteil vom 11. Dezember 1900 ergehen ließ, sondern durch die Vollstreckung dieses Urteils. Die Revision rügt Verkennung des Begriffs des Kausalzusammenhanges, weil ohne das Versäumnisurteil ein Schaden nicht eingetreten sein würde. Allein die durch das Versäumnisurteil dem S. gewährte Befugnis zur Voll-

streckung hat den Schaden noch nicht herbeigeführt, sondern erst seine weitere Tätigkeit. Er hat die Waren des L. versteigern lassen, als ihm infolge der Einspruchsschrift schon die Einwendungen bekannt waren, auf Grund deren später das Versäumnisurteil aufgehoben wurde. Das Berufungsgericht hat nicht entschieden, ob insofern ein Verschulden des L. mitgewirkt hat, als dieser es unterlassen hat, S. auf die Gefahr eines mit der Versteigerung verbundenen ungewöhnlichen Schadens aufmerksam zu machen. Er verweist diese Frage in das Verfahren über den Betrag des Anspruchs. Das ist unzulässig. Die Entscheidung über ein Mitverschulden des Beschädigten (§ 254 BGB.) ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu treffen, weil erst durch sie die Haftung endgültig festgestellt werden kann (Urt. d. IV. ZS. v. 18. Sept. 1905). — — —n.

320

C. Strafsachen.

I.

Voraussetzungen der Gefahr einer Verwechslung im Verkehr im Sinne des § 20 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894. Aus den Gründen: Das Warenzeichen „Caledonia" ist für Eisen- und Stahlwaren als Wortzeichen und mit verzierter Schriftform für die Firma Sch. zu E. geschützt. Unter beiden Warenzeichen verkauft sie vorwiegend nach England Schlittschuhe nach dem System „Merkur". Auch die Angeklagten verkaufen solche ebendahin, indem sie dafür in Preislisten und Rechnungen das Wortzeichen „Caledonian Pattern" anbringen. Von der Anklage aus § 14 und 20 des Ges. v. 12. Mai 1894 sind sie von der Strafkammer freigesprochen worden, weil eine Verwechslungsgefahr nicht bestanden habe, da die Angeklagten bei Anbringung des Zeichens sich auf Preislisten und Rechnungen beschränkt hätten und diese ausschließlich an englische Zwischenhändler, nicht an Käufer im Kleinhandel gegangen seien. Aus dem Zusatz „Pattern" ersehe der englische Kaufmann, daß es sich nicht um einen Originalartikel, sondern um ein Fabrikat von anderer Herkunft handle. Kein englischer Zwischenhändler halte die als „Caledonian Pattern" gekennzeichneten Waren für eine Ware der Firma Sch. „Caledonia". Diese Begründung beruht auf mißverständlicher Auslegung der §§ 20 und 14. Wenn in § 20 ausgesprochen ist, daß die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes durch Abweichungen nicht ausgeschlossen werde, mit denen fremde Zeichen wiedergegeben werden, sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt, so ergibt sich daraus für das Gericht, steht die Verwendung des eingetragenen Zeichens eines Dritten unter Abweichungen in Frage, zunächst die Pflicht der Prüfung, ob trotz dieser Abweichungen eine Gefahr der Verwechslung im Verkehr besteht. Muß diese anerkannt werden, dann kommt die Vorschrift des § 14 zur Geltung, nach der mit diesem Zeichen Preislisten und Rechnungen nicht versehen werden dürfen, gleichviel, wem diese mitgeteilt werden, ob dem Kaufmann und Zwischenhändler oder dem Kaufliebhaber oder Käufer (vgl. Entsch. d. RG. Bd. XXXI S. 1). Das Verbot des § 14 entspricht dem im § 12 begründeten ausschließlichen Rechte des Eingetragenen, auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen u. dgl. das Zeichen anzubringen, kraft dessen er mithin jedem anderen verwehren kann, ein Gleiches zu tun. Bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit von Warenzeichen ist mit den Ausführungen des reichsoberhandelsgerichtlichen Urteils vom 5. Juni 1877 (Entsch. Bd. 22 S. 378) zu § 18 des Markenschutzgesetzes vom 30. Nov. 1874 von dem Zweck auszugehen, zu dem Warenzeichen benutzt werden. Er besteht darin, daß die mit Warenzeichen versehenen Gegenstände im Kleinhandel, insbesondere aber von den Konsumenten an der äußeren Bezeichnung leicht als solche Gegenstände erkannt werden können, welche ihnen unter jener Bezeichnung bereits früher bekannt geworden waren und von denen sie Exemplare derselben Herstellung sich von neuem verschaffen wollen. Es ist deshalb die Verwechslungsgefahr nicht allein vom Standpunkt des branchekundigen Zwischenhändlers, sondern von dem des Käufers im Kleinhandel aus zu prüfen, von dem nicht unterstellt werden kann, daß ihm das Bild des Zeichens oder dessen Klanglaut so klar im Gedächtnis haftet, daß ihm keine Abweichung entgehen wird (vgl. auch Entsch. des RG. in ZS. Bd. 53 S. 93). Da bei Wortzeichen nicht nur die graphische Erscheinung sondern der Klanglaut für das Publikum als Unterscheidungskraft wirkt, so hätte die Strafkammer auch nach dieser Richtung die Bezeichnung „Caledonian Pattern" mit dem geschützten Zeichen „Caledonia" einer Vergleichung hinsichtlich ihrer mutmaßlichen Wirkung auf die Vorstellung der Käufer unterwerfen sollen (Urt. des I. StS. v. 28. Sept. 05, D. 6242/04).

322 B.

II.

Erstreckt sich die Beleidigung einer Behörde ohne weiteres auch auf ihre Mitglieder? (Beleidigung eines Schöffengerichts.) § 196, § 185 StGB. Der Rechtsanwalt N. hatte in einem Schriftstück geäußert, „das Schöffengericht B. habe höchst primitive Ehrbegriffe". Auf Anklage wegen Beleidigung des Amtsrichters W., als des Vorsitzenden, war von der Strafkammer durch Urteil auf Einstellung erkannt worden. Auf Revision des Staatsanwalts wurde das Urteil aufgehoben.

Aus den Gründen: Der erste Richter stellt fest, daß nach dem Wortlaute der Aeußerung nur das Schöffengericht getroffen sei. Er gibt die Möglichkeit zu, daß der Angeklagte den Amtsrichter W., welcher nur für seine Person Strafantrag gestellt hat, auch persönlich habe treffen wollen, hat aber einen Beweis nicht als erbracht angesehen. Er hat eine persönliche Beleidigung des Amtsrichters verneint, den Angeklagten aber nicht freigesprochen, sondern das Verfahren eingestellt, offenbar mit Rücksicht auf § 263 StPO., indem er in der Aeußerung eine Beleidigung des Schöffengerichts erblickte, für welches Strafantrag nicht gestellt worden ist. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß durch eine gegen eine Behörde gerichtete Beleidigung nicht von selbst jedes Mitglied betroffen werde, daß aber je nach der Lage der Sache ein Zusammentreffen der Beleidigung der Behörde mit der ihrer Mitglieder eintreten könne (Entsch. 4, 264; 7, 404; 9, 1; 15, 212). Ob die Sache so liegt, ist an sich von dem Tatrichter zu beurteilen und der Prüfung des Revisionsgerichts in der Regel entzogen. Allein die Urteilsgründe ergeben, daß der erste Richter aus Rechtsirrtum zu der Annahme gelangt ist, daß eine Beleidigung des Amtsrichters W. nicht erwiesen sei. Sie sagen nämlich, eine solche habe sich nicht feststellen lassen, weil der Angeklagte nur die Urteilsfäller habe treffen wollen, welche über den maßgebenden Ehrbegriff anderer Meinung waren als er, und weil er nicht wußte, wie die Abstimmung vor sich ging. Der erste Richter geht danach offensichtlich davon aus, daß es eines Beweises bedürfe, daß der Angeklagte gewußt habe, wie der Amtsrichter abgestimmt habe, um feststellen zu können, daß er auch ihn habe treffen wollen. Dies ist irrig. Es kommt nur darauf an, ob der Angeklagte bewußtermaßen die Kundgebung so gestaltet hat, daß Dritte sie auch auf den Amtsrichter beziehen konnten, also nicht darauf, ob sich aus der Aeußerung ergibt, daß er gerade den Amtsrichter habe treffen wollen, sondern ob sich aus ihr ersehen läßt, daß der Amtsrichter nicht gemeint sei (Entsch. 7, 170; 23, 247). Für den Tatbestand des § 185 StGB ist, falls

nicht § 193 StGB. in Frage steht, ohne Belang, ob der Angeklagte die Absicht gehabt hat, den Amtsrichter zu beleidigen. (Urt. d. I. StS. v. 5. Oktober 1905, D. 6461/04.) B.

319

III.

Zum Begriffe der Gemeinschaftlichkeit. (§ 47 StGB.) Aus den Gründen: Der Erstrichter erklärt den H. St. eines in Gemeinschaft mit J. St. verübten Vergehens aus § 223a, § 47 StGB. für schuldig, weil beide in stillschweigendem Einverständnisse auf S. eingedrungen seien und hiebei J. St. den S. mit einem Messer gestochen habe. Dies würde zur Verurteilung beider genügen; es wird aber vom Erstrichter hinzugefügt, es könne nicht festgestellt werden, daß H. St. gewußt habe, J. St. werde mit einem Messer zustechen, und es könne deshalb der Messergebrauch dem H. St. nicht angerechnet werden. Soviel das Urteil entnehmen läßt, ist eine Mißhandlung des S. nur durch den Messergebrauch erfolgt, von einer sonstigen Mißhandlung des S. durch einen der Angeklagten ist nirgends die Rede. Wenn nun der Messergebrauch ohne Wissen und Willen des H. St. geschehen ist, so ist nicht ersichtlich, wie eine Mißhandlung vorliegen soll, bezüglich deren eine Mittäterschaft angenommen werden könnte; denn eine solche wäre nur gegeben, wenn der eine tatsächlich eine in den Bereich des beiderseitigen Einverständnisses fallende Mißhandlung vorgenommen hätte. Für die von J. St. durch den Messerstich verübte, außerhalb des beiderseitigen Einverständnisses liegende Mißhandlung kann H. St. nicht verantwortlich gemacht werden. (Urt. des I. StS. v. 19. Okt. 1905, 1 D. 1210/05.) B.

306

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Wirkung der Einverleibung einer Gemeinde in eine andere auf die Eigentumsverhältnisse an gemeindlichen Grundstücken (nach altem und neuem Immobiliarsachenrecht). Am 27. April 1902 haben der Magistrat und die Gemeindebevollmächtigten von Kr. sowie die Versammlung der Gemeindebürger von H. übereinstimmend beschlossen, es sei der Einverleibung der Gemeinde H. in die Gemeinde Kr. und der Vereinigung des beiderseitigen Gemeindevermögens vom 1. Oktober 1902 ab unter den von den städtischen Kollegien zu Kr. gestellten Bedingungen zuzustimmen. Vom Staatsministerium des Innern wurde am 16. September 1902 die Einverleibung mit Wirksamkeit vom 1. Oktober 1902 an genehmigt. Das Bezirksamt Kr. hat am 18. September 1902 die Vereinigung des Grundstockes des beiderseitigen Gemeindevermögens staatsaufsichtlich genehmigt. Der Magistrat Kr. hat am 12. Mai 1905 schriftlich an das Amtsgericht Kr. (Hypothekenamt)[1] Antrag auf Umschreibung der in der Steuergemeinde H. gelegenen, früher der Gemeinde H. gehörigen Pl.Nr. 1¹/₈ auf die Stadtgemeinde Kr. gestellt. Der Antrag wurde zurückgewiesen, weil die nach Art. 14 des NotG. vom 10. November 1861 und Art. 189 EG. z. BGB. für die Grundstücke erforderliche notarielle Verlautbarung der Vereinigung des beiderseitigen Gemeindevermögens nicht erfolgt sei. Die Beschwerde wurde vom Landgerichte M. zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde hatte Erfolg. Aus den Gründen: Die früher selbständigen Gemeinden Kr. und H. bilden seit dem 1. Oktober 1902 ein neues Gemeinwesen unter dem Namen Stadtgemeinde Kr. Der Wille der Vertretungen der bisherigen Gemeinden ging dahin, auch das beiderseitige Gemeindevermögen als Eigentum des neuen Gemeinwesens zu vereinigen. Die Genehmigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde ist erteilt. Die angefochtene Entscheidung geht fehl, wenn sie den Willensakten der vereinigten Gemeinden die Wirksamkeit versagt, soweit der Uebergang des Eigentums an Grundstücken in Frage steht. Diese Anschauung beruht auf unrichtiger Auffassung der Art. 4, 5 und 153 der diesrh. GemO. Diese fordert in Art. 4 Ziff. 1 für die Vereinigung mehrerer Gemeinden die Zustimmung aller Beteiligten sowie die Genehmigung des Ministeriums des Innern und stellt sodann in Art. 5 Abs. III als regelmäßige Folge einer Vereinigung auf, daß jeder Gemeinde, die bisher ein eigenes Gemeindevermögen hatte, ihr ausschließendes Eigentumsrecht und, soweit nicht durch Verträge anders bestimmt, das Recht gesonderter Verwaltung und Benützung verbleibt. Endlich schreibt Art. 153 Abs. IX vor, daß die Vereinigung des Grundstockes des besonderen Gemeindevermögens einer Ortschaft oder eines sonstigen Bestandteiles der Gemeinde mit dem Gemeindevermögen der betr. Gemeinde nur auf Grund eines Vertrages erfolgen könne, wozu die Zustimmung sämtlicher Beteiligten wie in Fällen des Art. 4 Abs. I Ziff. 1 und die Genehmigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde erforderlich sei. Letztere Bestimmung hat, wie aus dem Wortlaute des Art. 153, aus dessen Ueberschrift „Von der Verwaltung der zu einer Gemeinde vereinigten Ortschaften" und aus den Verhandlungen der gesetzgebenden Körperschaften (Verh. d. K. d. Abg. 1868/69, sten. Ber. Bd. 5 S. 10, 77 und 100) hervorgeht, nur den Fall im Auge, daß „in Gemeinden, welche aus mehreren vereinigten Ortschaften gebildet sind", „die Vereinigung des Grundstockes des besonderen Gemeindevermögens einer Ortschaft oder eines sonstigen Bestandteiles der Gemeinde mit dem Gemeindevermögen der betreffenden Gemeinde" erfolgen, also nachträglich zu der administrativen Vereinigung der Gemeinden noch jene ihres Vermögens stattfinden soll. Hiernach ist für unmittelbare Anwendung des Art. 153 GemO. hier kein Raum. Die angefochtene Entscheidung will aber, weil die GemO. keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, wie es bezüglich einer gleichzeitig mit der organisatorischen Vereinigung erfolgenden Vereinigung des beiderseitigen Vermögens zu halten sei, auch für einen solchen Fall den Art. 153 Abs. IX anwenden. Hiefür fehlt jedoch die gesetzliche Grundlage. Es weist nämlich Art. 153 Abs. IX zwar auf Art. 4, jedoch weder dieser noch auch Art. 5 auf Art. 153 Abs. IX hin und es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber letzteres nicht unterlassen hätte, wenn eine entsprechende Anwendung des Art. 153 Abs. IX sein Wille gewesen wäre. Es lassen weiter die Kammerverhandlungen ersehen, daß dem Gesetzgeber ferne gelegen ist, zu verlangen, daß die gleichzeitig mit der administrativen Vereinigung vor sich gehende Verschmelzung des beiderseitigen Vermögens durch besonderen Vertrag erfolgen müsse. Nachdem in der Sitzung des besonderen (Spezialgesetzgebungs-)Ausschusses vom 30. Juni 1868 (Verh. d. K. d. Abg. 1867/69, Bd. II S. 615) der Abgeordnete Brater namens der Subkommission „als Behelf für die künftige Auslegung" erklärt hatte, daß Ziff. 1 des Art. 3 des Entwurfes (4 des Gesetzes) beide mögliche Fälle der Vereinigung mehrerer selbständiger Gemeinden — mit Unterlassung oder unter Vornahme der gleichzeitigen Verschmelzung ihres Vermögens — in sich begreife, wurde bei späteren Anlässen gerade die hier maßgebende Frage auf Anregung des Abgeordneten von Steinsdorf wiederholt behandelt. In der Sitzung des „besonderen Ausschusses" vom 7. Dezember 1868 (Verh. a. a. O. S. 700) wies dieser darauf hin, daß im § 2 des Vertrages zwischen der Gemeinde München und den Vorstädten Au, Giesing und Haidhausen vereinbart worden ist: „Durch die Vereinigung soll das gesamte Vermögen der Gemeinden Au, Giesing und Haidhausen dem Vermögen der Gemeinde München inkammeriert werden" und äußerte

[1]) Grundbuch für Kr. noch nicht als angelegt erklärt.

Bedenken darüber, ob bei der bisher beschlossenen Fassung des Art. 4 des Entwurfes (5 des Gesetzes) fernerhin noch in solcher Weise die Vereinigung des Gemeindevermögens vereinbart werden könne. Der Referent Edel und der Staatsminister des Innern erklärten daraufhin, daß auch in Zukunft die Ortschaften berechtigt seien, „bei der Vereinigung ihr Vermögen zusammenzuwerfen“, und der Vorsitzende konstatierte, daß auch der Ausschuß dieser Ansicht beipflichte. In der Sitzung der K. d. Abg. vom 17. Dezbr. 1868 (Sten. Ber. a. a. O. Bd. V S. 10) erklärte, wiederum auf eine Aeußerung von Steinsdorfs hin, der Referent Edel, ohne daß ihm widersprochen worden wäre: „Werden Gemeinden, die bisher politisch getrennt waren, vereinigt, dann muß diese Vereinigung nach Art. 4 (des Entwurfes, 5 des Gesetzes) erfolgen. Es kann dann mit der organischen Vereinigung unter Zustimmung der Beteiligten auf Grund des Art. 4 auch die Vereinigung des Vermögens stattfinden. Werden Ortschaften vereint, ohne daß eine Zusammenwerfung des Gemeindevermögens stattgefunden hat, so kann diese Vereinigung in Zukunft noch auf Grund besonderer Vereinbarung vor sich gehen“. Hieraus folgt mit aller Klarheit, daß der Wille der Gesetzgebungsfaktoren dahin ging, es solle bei einer gänzlichen Verschmelzung mehrerer Gemeinden oder von Teilen solcher gemäß Art. 4 und 5 der GemO. gleichzeitig auch die Verschmelzung des Vermögens eintreten, soferne dies die zu Vereinenden ausdrücklich wollen. Die Ansicht Seydels (Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. II S. 633 Note 51), die Bemerkung Edels sei unrichtig, steht hiernach nicht in Einklang mit den geschichtlichen Vorgängen. Hingegen ist allerdings seine Bemerkung (a. a. O. u. Bl. f. admin. Pr. Bd. 38 S. 215) zutreffend, daß die Vermögensvereinigung sich nicht schon zufolge der organischen Vereinigung, also des Verwaltungsaktes, allein vollzieht; es muß vielmehr der Wille der Beteiligten, auch die Verschmelzung des Vermögens vorzunehmen, ausdrücklich ausgesprochen werden — ohne daß jedoch, wie Seydel anzunehmen scheint, ein besonderer Vertrag erforderlich wäre. Keinesfalls bedarf es des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrages; vielmehr regeln sich Modalitäten, unter welchen die Vereinigung von Gemeinden vor sich geht, ausschließlich nach dem öffentlichen Recht. (So auch Seydel a. a. O. Bd. II S. 625.) Ist ja auch die Erscheinung, daß die Gemeinden juristische Personen des bürgerlichen Rechtes sind, eine „Folge ihrer Eigenschaft als öffentliche Körperschaften“ (Seydel a. a. O. S. 622), wie sie auch in erster Linie als solche entstanden sind. Mit Wegfall eines solchen Rechtsobjektes des öffentlichen Rechtes hört auch dessen Existenz als Rechtssubjekt des bürgerlichen Rechts auf. Bleibt einer zwecks Verwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten mit einer anderen verbundenen Gemeinde nach Art. 5 GemO. ihr Vermögen vorbehalten, so bleibt ihr auch nach Art. 153 GemO. hiezu eine gewisse Sonderexistenz für das öffentliche Recht. Andererseits tritt mit der Entstehung eines neuen Rechtssubjektes auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts auch dessen bürgerliche Rechtsfähigkeit ein. Entsteht so mit dem rechtlichen Untergang der bisher selbständigen Gemeinden ein neues Rechtssubjekt des öffentlichen und bürgerlichen Rechtes, dem auch das bisherige Vermögen jener zukommen soll, so ist der Anfall des ganzen Vermögens einfach die vermögensrechtliche Folge des einheitlichen öffentlichrechtlichen Aktes, ohne daß noch für einen privatrechtlichen Uebertragungsakt Platz bliebe. Hat ja auch schon nach dem früheren Rechte Uebereinstimmung darüber bestanden, daß Eigentumsübertragungsakte und Verträge des öffentlichen Rechts der Vorschrift des Art. 14 des NotG. nicht unterstehen (vgl. Art. 51 AG. z. ZPO. und KO.; Rehm, Das bayer. NotG. von 1861 Note 4a zu Art. 14; Roth, Bayer. Zivilr., 2. Aufl. § 162 Note 2; Enderlein, Mat. z. NotG. Note 1 h zu Art. 14 und Becher, Landeszivilrecht § 539 Note 1). Privatrechtlich stellt sich dieser Vorgang in der Tat als eine Art Gesamtnachfolge dar. Fälle dieser Art sind auch dem BGB. bekannt und es ist „charakteristisch“ für sie, daß „der Erwerber des Vermögens alle einzelnen zu diesem gehörigen Rechte erwirbt, ohne die besonderen für ihren Einzelerwerb vorgeschriebenen Formen beobachten zu müssen“ (Cosack, Lehrbuch, 3. Aufl. Bd. I § 49 S. 147). Bekannt sind auch analoge Fälle auf dem Gebiete des Handelsrechts: Es gilt nach § 304 HGB., wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes vom Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen wird unter der Vereinbarung, daß die Liquidation unterbleiben soll, und nach § 306 ebenda im Falle einer fusionsweisen Uebertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes unter der gleichen Vereinbarung, mit der Eintragung des bezüglichen Beschlusses der Aktiengesellschaft der Uebergang ihres Vermögens, einschließlich der Schulden, als erfolgt. Auch in diesen Fällen „liegt eine Universalsuccession vor“; „die Grundstücke brauchen nicht aufgelassen zu werden, die Forderungen nicht zediert, Ordrepapiere nicht indossiert, Mobilien nicht übergeben zu werden; es geht vielmehr alles ohne besonderen Uebertragungsakt auf den Uebernehmer über“ (Staub, Komm. z. HGB., 6. u. 7. Aufl. Anm. 11 zu § 306; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. I S. 318). Konnte so der Uebergang des Vermögens der Gemeinden Kr. und H. als ganzes auf das durch ihre Vereinigung gebildete neue Rechtssubjekt rechtsgültig gewollt und schon durch das öffentlichrechtliche Uebereinkommen allein herbeigeführt werden, so bedurfte es für die Grundstücke nicht eines privatrechtlichen Uebertragungsaktes in der Form des Art. 14 NotG., ebenso wie solchen Falles in Zukunft, wenn und wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bezüglich der unbeweglichen Vermögensteile die Beobachtung der Form des § 313 BGB. und eine Auflassung nicht stattzufinden hätte. Da demzufolge die Stadtgemeinde Kr. in ihrem nunmehrigen Bestande bereits Eigentümerin der früher der Gemeinde H. gehörigen Grundstücke geworden ist, konnte der Magistrat gemäß § 22 Ziff. 6 HypG. ohne weiteres den Antrag stellen, hinsichtlich der Pl.-Nr. 1 1/8 Steuergemeinde H. diese Veränderung in das Hypothekenbuch einzutragen. (Beschluß des Ferienzivilsenats vom 17. Juli 1905.)
335 — — — n.

II.

Dürfen die in einem Ehe- und Erbvertrag von einem Ehegatten für den Fall seines Todes vertragsmäßig getroffenen Verfügungen schon nach dem Vorableben des anderen verkündet werden? (§§ 2273, 2300 BGB.) Die Ehegatten Th. und A. F. in N. haben am 16. Februar 1905 einen notariell beurkundeten Ehe- und Erbvertrag geschlossen, allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und unter den Eingangsworten: „Für künftige Todesfälle treffen wir hiemit **vertragsmäßig** folgende Bestimmungen“ für den Fall des Ueberlebens des einen wie des anderen Verfügungen von Todes wegen getroffen. In I a ist bestimmt, daß im Falle des Vorablebens der Frau der Mann der alleinige Erbe sein soll, und sind Vermächtnisse, darunter eines zugunsten der erstehelichen Tochter seiner Frau, S. B., angeordnet. In I b sind Verfügungen über den dereinstigen Nachlaß des überlebenden Mannes sowie für den Fall seines Vorablebens getroffen. Nachdem A. F. gestorben war, hat das Nachlaßgericht der S. B. die erbrechtlichen Bestimmungen des Ehe- und Erbvertrags mit Ausnahme jener unter I b bekanntgegeben. S. B. stellte später an das Nachlaßgericht den Antrag, auch die Verkündung der in dem Ehe- und Erbvertrag etwa enthaltenen Bestimmungen anzuordnen, durch die für den Fall des

Todes des Th. F. den erstehelichen Kindern seiner Frau Zuwendungen gemacht sind. Das Nachlaßgericht hat den Antrag zurückgewiesen, auf Beschwerde der S. B. aber das Landgericht N. angeordnet, daß sämtliche auf die Beschwerdeführerin bezüglichen Bestimmungen des Ehe- und Erbvertrags mit Ausnahme der für den Fall des Vorablebens des Mannes getroffenen zu verkünden seien. Die weitere Beschwerde des Th. F. hatte den Erfolg, daß die Beschwerde der S. B. gegen die Verfügung des Nachlaßgerichtes zurückgewiesen wurde.

Gründe: Nach § 2300 BGB. findet auf die Eröffnung eines Erbvertrags die für die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments geltende Vorschrift des § 2273, daß die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden, noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen sind, entsprechende Anwendung. Dabei wird bei einem von Ehegatten geschlossenen Erbvertrage des im § 2280 bezeichneten Inhalts ebensowenig zwischen den vertragsmäßigen und den einseitigen Verfügungen des überlebenden Teiles unterschieden, wie nach § 2273 die von den Ehegatten im Sinne des § 2269 gemeinschaftlich und die von dem überlebenden Teile allein getroffenen Verfügungen verschieden behandelt werden. (Neue Slg. Bd. 1 S. 182, E. i. A. d. fr. Grbk. u. d. Grbr. Bd. 1 S. 45). Ueber den dereinstigen Nachlaß des überlebenden Teiles kann nur dieser als Erblasser verfügen, und er verfügt auch insoweit, als dasjenige, was er als Erbe des zuerst sterbenden Teiles erlangt, in seinem Nachlaß enthalten sein wird, über nichts anderes als seinen dereinstigen Nachlaß. Die Rücksicht darauf, daß er als Erbe des zuerst sterbenden Teiles das beiderseitige Vermögen in seiner Hand vereinigt, gibt häufig Anlaß, daß er über seinen dereinstigen Nachlaß im Sinne des § 2269 mit dem anderen Teile gemeinschaftlich verfügt oder, wie Th. F. getan hat, mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließt, in dem er für den Fall seines Todes vertragsmäßige Verfügungen trifft, diese Verfügungen hören aber durch die Mitwirkung des anderen Ehegatten nicht auf, im Sinne der §§ 2273, 2300 seine Verfügungen zu sein. Als künftiger Erblasser hat er nach diesen Vorschriften ein Recht darauf, daß die von ihm getroffenen Verfügungen von Todes wegen, sofern sie sich von den Verfügungen des anderen Teiles sondern lassen, nicht bei seinen Lebzeiten bekannt gegeben werden. Diesem Rechte gegenüber kommt das Interesse, das die von dem verstorbenen Ehegatten Bedachten an der Kenntnis seiner Verfügungen haben mögen, nicht in Betracht. Durch die Anordnung des Beschwerdegerichts sind sonach die §§ 2273, 2300 BGB. verletzt. (Beschl. I ZS. Reg. III 67/1905 vom 27. Oktober 1905.) Y.

331

III.

Einsetzung der Kinder als Erben und Beschwerung mit dem Vermächtnis, ihre Erbteile dem überlebenden Ehegatten zu überlassen, oder Einsetzung des Ehegatten als Erben und Beschwerung mit einem Geldvermächtnis für die Kinder?*) In einem Ehe- und Erbvertrag vom 1. August 1890 war allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und für Todesfälle bestimmt: „Wenn bei Ableben eines Eheteiles eheliche Kinder desselben vorhanden sind, so hat der überlebende Eheteil denselben die Hälfte des beiderseitigen reinen Vermögens als Vater-, bezw. Muttergut auszuweisen, soll aber dagegen den Gesamtrücklaß, insbesondere auch das beiderseitige Immobiliarvermögen alleineigentümlich erwerben. Wenn bei Ableben eines Eheteiles keine Nachkommenschaft vorhanden ist, soll der überlebende Eheteil zwar gleichfalls Alleineigentümer des gesamten Rücklasses werden, dagegen aber gehalten sein, an die nächsten Verwandten und Intestaterben des zuerst Sterbenden einen Rückfall hinauszuzahlen". Den Antrag des Witwers, ihm als dem alleinigen Erben seiner Frau einen Erbschein zu erteilen, wies das Nachlaßgericht ab. Seine Beschwerde hatte keinen Erfolg. Auch seine weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die in dem Ehe- und Erbvertrag enthaltenen Verfügungen von Todes wegen stimmen mit den Verfügungen überein, die in dem vormaligen Gebiete des Bayer. LR. im Anschluß an die bei der gesetzlichen Erbfolge üblichen Vater- und Muttergutsverträge in Ehe- und Erbverträgen getroffen zu werden pflegten. Bei der gesetzlichen Erbfolge, zu der bei beerbter Ehe nur die Kinder berufen waren, übernahm der überlebende Gatte durch den Vater- oder Muttergutsvertrag den Nachlaß gegen die Verpflichtung, den Kindern einen dem reinen Werte des Nachlasses entsprechenden Geldbetrag zu zahlen. In den Ehe- und Erbverträgen wurde ihm das Recht eingeräumt, die Schließung eines solchen Vertrags zu verlangen, den Nachlaß gegen „Auszeigung" des Vater- oder Mutterguts zu erwerben. Der wirtschaftliche Zweck dieser Bestimmung ließ sich freilich auch dadurch erreichen, daß der überlebende Gatte als alleiniger Erbe eingesetzt und die Kinder mit einem Vermächtnis im Betrage des reinen Wertes des Nachlasses bedacht wurden; aber diese Rechtsform lag den Beteiligten ferner und kam nur seltener vor, wohl fast immer auf Anregung des beurkundenden Notars, der die Beteiligten auf die Vorteile aufmerksam machte, die sich daraus für den überlebenden Gatten ergeben, gewöhnlich beließ man es bei dem Erbrechte der Kinder mit der Maßgabe, daß der überlebende Gatte das Recht auf Erwerbung des Nachlasses durch Vertrag erhielt. Für den Fall unbeerbter Ehe wurde dagegen der überlebende Gatte als alleiniger Erbe eingesetzt und mit Vermächtnissen zugunsten der nächsten Verwandten beschwert. Den Versuchen, die gewöhnliche Vertragsbestimmung in dem Sinne umzudeuten, daß der überlebende Gatte auch beim Vorhandensein von Kindern als alleiniger Erbe eingesetzt sei, ist die oberstrichterliche Rechtsprechung seit mehreren Jahrzehnten entgegengetreten, und daran hat der entscheidende Senat auch in den letzten Jahren festgehalten. (N. Slg. Bd. 2 S. 191, 301, 532, Bd. 4 S. 367). Der gegenwärtige Fall stimmt mit dem durch den Beschluß vom 15. Mai 1903 (Bd. 4 S. 367) entschiedenen überein. Die Fassung der Bestimmung, nach der der überlebende Ehegatte „gegen" Ausweisung des Vater- oder Mutterguts den Nachlaß „erwerben" soll, weist auf einen Vater- oder Muttergutsvertrag in dem herkömmlichen Sinne hin, ein Anhalt für die Annahme, daß der Nachlaß dem überlebenden Ehegatten als Alleinerben ohne weiteres zufallen soll, wie ihn der II. Zivilsenat in dem Beschlusse vom 19. Dezember 1904 (N. Slg. Bd. 5 S. 692) in einer wesentlich anderen Fassung gefunden hat (vgl. I. ZS. Bd. 2 S. 711, Bd. 5 S. 81, 652), läßt sich aus ihr nicht entnehmen. (Beschl. I. ZS. Reg. III 64/1905 vom 21. Oktober 1905). Y.

333

*) Vgl Arnold i. Bl. f. RA. Bd. 67 S. 496, 518, Neubierl in dieser Zeitschr. 1. Jahrg. S. 175, 342.

Oberlandesgericht München.

I.

Anwendung des § 13 Abs. 3 oder § 18 GebO. f. RA. Der Rechtsstreit wurde beendigt, indem im Verhandlungstermine der Vertreter des Klägers erklärte, daß ein Vergleich zustande gekommen sei, auch diesen verlas und zu den Akten übergab. Es fragte sich im Kostenfestsetzungsverfahren, ob die Vergleichsgebühr nach § 18 oder § 13 Ziff. 3 GebO. f. RA. zu berechnen sei. Das OLG. hat sich für Anwendung des § 18 ausgesprochen.

Aus den Gründen: Es ist zunächst zu erörtern, wie § 18 der Geb.O. f. RA. auszulegen ist, und sodann, ob ein Fall vorliegt, der unter § 18 fällt.

1. Es ist zunächst auf die Natur des Vergleiches und seine verschiedenen Arten einzugehen. Vom Vergleiche handelt das BGB. in § 779 und die ZPO. in §§ 81, 83, 160, 510 und 794. Der Vergleich ist ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, kann aber zugleich als Prozeßhandlung in die Erscheinung treten oder zu einer solchen Anlaß geben. Dem trägt § 81 ZPO. Rechnung, der ausspricht, daß die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ermächtigt und dann die in der Prozeßvollmacht gegebene allgemeine Ermächtigung zu solchen Verfügungen über den Streitgegenstand anreiht, die auch als Prozeßhandlungen im weiteren Sinne in die Erscheinung treten oder zu solchen Anlaß geben können. Die ZPO. — von den §§ 81 und 83 abgesehen — und das GKG. beschäftigen sich nur mit dem Vergleich als Prozeßhandlung, die GebO. f. RA. dagegen beschäftigt sich auch mit ihm als Rechtsgeschäft. Eine Prozeßhandlung im weiteren Sinne ist der Vergleich,

a) wenn er vor Gericht zustande kommt, was geschehen kann,
   α) indem die Vergleichsverhandlungen vor Gericht geführt werden und zur Einigung führen unter Feststellung dieses Ergebnisses nach § 160 Abs. II oder III ZPO.,
   β) indem die Verhandlungen außergerichtlich geführt werden mit der Abmachung, daß der Vergleich nach § 160 Abs. II oder III zu beurkunden ist und erst hiermit binden soll.

Eine Prozeßhandlung liegt aber auch vor:

b) wenn der rechtswirksam geschlossene außergerichtliche Vergleich nachträglich die Natur des Prozeßvergleichs annimmt,
   α) dadurch, daß er gemäß den übereinstimmenden mündlichen Erklärungen der Parteien von dem Gerichte in das Protokoll aufgenommen wird (§ 160 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO.), oder
   β) dadurch, daß das Vergleichsschriftstück nach Verlesung und Anerkennung dem Gericht übergeben und dem Protokoll als Anlage beigefügt wird (§ 160 Abs. III ZPO.).

Während im Falle des § 160 Abs. III zu a das angefertigte und unterschriebene Vergleichsschriftstück bis zur Uebergabe an das Gericht nur ein vorbereitender Entwurf ist, ist es zu b die über den Vertrag ausgestellte Urkunde, die nur noch zu anderem Zwecke als dem der Rechtswirksamkeit öffentliche Urkunde werden soll. Sowohl in den Fällen zu a als auch in den Fällen zu b ist der Vergleich vor dem Gerichte geschlossen. Allein mit Bezug darauf, ob er früher Rechtswirksamkeit äußerte oder nicht, läßt sich von einem „Abschluß vor Gericht" in weiterem Sinne (Fälle zu b) und im engeren Sinne (Fälle zu a) sprechen. Welche Bedeutung die Worte jeweils haben, ist durch Auslegung zu ergründen. § 794 Ziff. 1 ZPO. bezieht sich auf die im weiteren Sinne vor Gericht geschlossenen Vergleiche. Vollstreckungstitel soll jeder Vergleich sein, der zu gerichtlichem Protokoll (nach § 160 Abs. II Ziff. 1 oder Abs. III ZPO.) beurkundet ist. Eine diesbezügliche Unterscheidung zwischen den beiden Gruppen zu a und b würde des Grundes entbehren und dem Zwecke der Vorschrift widersprechen. In der Tat werden die außergerichtlich geschlossenen Vergleiche nur zur Erlangung der Vollstreckungsfähigkeit zum Sitzungsprotokoll übergeben. Das GKG. erwähnt den Vergleich in §§ 21–23. Nur die vom Gerichte vorgenommene Prozeßhandlung wird bewertet. Das Gesetz spricht stets von Aufnahme eines Vergleiches; es legt also schon wörtlich das Gewicht auf die Aufnahme in das Protokoll, der nach ausdrücklicher Vorschrift der Fall des § 160 Abs. III ZPO. gleichsteht, und spricht demgemäß nur von einem geschlossenen Vergleich, läßt also dahingestellt, ob der Vergleich erst vor Gericht geschlossen wurde, oder ob er bereits außergerichtlich geschlossen war. Dies steht in Uebereinstimmung mit dem Grunde dieser Vorschriften, die eine Begünstigung des Vergleiches durch Minderung der Kosten bezwecken, ein Grund, der ebenso für den außergerichtlich wie für den vor Gericht zustande gekommenen Vergleich spricht.

Die GebO. f. RA. dagegen spricht in § 13 Ziff. 3 allgemein von der Mitwirkung bei einem „geschlossenen" Vergleich, dagegen in § 18 enger von Vergleichsschluß vor dem Prozeßgerichte oder einem ersuchten oder beauftragten Richter. § 13 bezieht sich also auf jede Art des Vergleiches und auch der Grund der Vorschrift führt hierzu. Das Gesetz will der vergleichsweisen Erledigung Vorschub leisten. Dem gegenüber ist § 18 eine Ausnahme, die einschränkend auszulegen ist. Die einschränkende Auslegung führt dazu, den Ausdruck „vor Gericht abgeschlossen" hier in dem engeren Sinne zu verstehen. Auch der Wortlaut des § 18 führt hierzu; denn hienach soll nur die anfallende Vergleichsgebühr geschmälert, nicht die bereits zustehende Vergleichsgebühr nachträglich ermäßigt werden. Die Vorschrift des § 18 kann sich also nur auf die Fälle beziehen, in denen die Vergleichsgebühr mit dem Vergleichsschlusse vor Gericht erst anfällt, ein außergerichtlicher Vergleichsschluß also nicht vorliegt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Gebühr geschmälert werden soll, wenn der Anwalt außer der Tätigkeit, zufolge deren ihm die Gebühr des § 13 Ziff. 3 zusteht, noch eine weitere Tätigkeit entwickelt. Anders ist es für die sämtlichen oben zu a besprochenen Fälle. Eine Beschränkung auf die Fälle zu α ist hier nicht angängig. Sie unterscheiden sich nur tatsächlich, nicht rechtlich von den Fällen zu β. Wenn sie allein herausgerissen werden sollten, müßte dies genau ausgesprochen werden. In keinem dieser Fälle liegt ein vorgängiger Vergleichsschluß vor; eine Gebühr nach § 13 Ziff. 3 ist also noch nicht angefallen; es erwächst sohin nur die Gebühr nach § 18. Unerheblich ist, daß die Mühe und Verantwortlichkeit des Anwaltes in den Fällen a β größer ist als bei a α und unter Umständen ebenso groß wie in den Fällen zu b; denn für die GebO. ist das Maß der Mühe und Verantwortlichkeit nicht entscheidend. Auch ist zu beachten, daß das Gesetz wohl von einer Mitwirkung des Anwaltes beim Vergleiche, aber nur vom Vergleichsabschlusse vor Gericht spricht, also den Grund für die Schmälerung der Vergleichsgebühr nicht gerade in der Mitwirkung des Gerichts beim Vergleichsschlusse erblickt. Allerdings begründen die Motive die Schmälerung der Vergleichsgebühr auch damit, daß in diesen Fällen der Regel nach die richterliche Tätigkeit auf das Zustandekommen des Vergleichs von Einfluß ist, was für die Fälle zu a β regelmäßig nicht zutrifft. Allein den Motiven kann ein entscheidender Einfluß auf die Auslegung nicht eingeräumt werden.

2. In tatsächlicher Beziehung kann sich nur fragen, ob ein Fall nach a β oder nach b β vorliegt. Ersterenfalls ist nur ein Gebührenanspruch nach § 18 GebO. f. RA. gegeben, letzterenfalls steht die Gebühr nach § 13 Ziff. 3 zu. Die Erklärungen vor dem Prozeßgerichte lassen die Sache zweifelhaft, indem der klägerische Vertreter erklärte, daß ein Vergleich zustande gekommen sei und beifügte, daß er in Voraussicht der vergleichsweisen Erledigung das Nichterscheinen eines Zeugen veranlaßt habe. Es mußte demnach auf die Verhandlungen der Anwälte zurückgegriffen werden. Die Erklärung der Parteien, wonach der Vergleich mit Rechtsanwalt N. geschlossen und zu gerichtlichem Protokoll übergeben werden soll, spricht für eine beabsichtigte Regelung im Sinne von b β. Allein noch ehe so der Vergleich mit Rechtsanwalt N. geschlossen war, erklärte der Kläger, daß er auf Protokollierung bestehe. Damit hat der Kläger die „Protokollierung" als ausschlaggebenden Rechtsvorgang bezeichnet, und dementsprechend schreibt auch der klägerische Prozeß-

bevollmächtigte an den Gegenanwalt: „Ich übermittle Ihnen einen Entwurf des zu Protokoll zu übergebenden Vergleiches." Nach § 154 Abs. II BGB. war also der Vergleich vor der Beurkundung durch das Gericht noch nicht geschlossen. Es kann also nur die Gebühr nach § 18 GO. f. RA. berechnet werden. (Beschl. vom 1. Juli 1905, Beschw.-Reg. Nr. 296/05). W.

279

II.

Begriff der „Erträgnisse" nach Art. 8 SubhO. Einfluß der Verarbeitung (§ 950 BGB.). Anordnung der Hinterlegung eines freihändigen Erlöses nach §§ 825, 769 ZPO. Am 9. Februar 1905 wurden in der zum Oekonomiegut der Anna R. in H. gehörigen Brennerei trotz bestehender Immobiliarbeschlagnahme auf Betreiben eines Kurrentgläubigers sechs Fässer mit Rohspiritus gepfändet. Letzterer war aus Kartoffeln hergestellt, die erst im Herbst 1904 auf dem Gut nach dessen Beschlagnahme geerntet waren. Ein Hypothekgläubiger erhob Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. und erwirkte einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts auf freihändigen Verkauf durch den Gerichtsvollzieher sowie einen prozeßgerichtlichen Hinterlegungsbeschluß hinsichtlich des Erlöses. Die Beschwerde des Pfändungsgläubigers gegen letzteren Beschluß wurde vom OLG. am 16. März 1905 (BeschwR. II 128/05) zurückgewiesen, weil die Zustimmung des Pfandgläubigers zu dem freihändigen Verkauf letzterem den Vollstreckungscharakter insolange nicht nehme, als nicht auch gleichzeitig die Pfändung aufgehoben werde. Nunmehr dehnte der Kläger die Klage auf Feststellung der Zugehörigkeit dieses Erlöses zur Subhastationsmasse aus. Der Beklagte bestritt die Zulässigkeit der Klage und die Eigenschaft des Rohspiritus als Erträgnis des Guts. Der Klage wurde stattgegeben, und die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Der Hypothekgläubiger ist gemäß § 771 ZPO. zur Widerspruchsklage berechtigt, wenn Gegenstände, auf welche sich seine Hypothek erstreckt, von Dritten gepfändet werden. Dies gilt nicht nur für Zubehör, sondern auch für sonstige Sachen unter Hypothekhaftung, sobald die Beschlagnahme in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (§ 865 ZPO.). Der Hypothekgläubiger kann zwar Einwendungen nach § 766 ZPO. erheben, ist aber hierauf nicht beschränkt (RGZ. 55, 207; Planck, BGB. Bd. III S. 471 Anm. 3 b). Die weiter verlangte Feststellung der Zugehörigkeit des Erlöses zur Subhastationsmasse entspricht der veränderten Sachlage und ist lediglich eine Folgerung des in erster Linie gestellten Klagsantrags (vgl. § 805 ZPO; Seuff. Arch. n. F. Bd. 4 S. 296). Das rechtliche Interesse des Klägers hiefür besteht darin, daß er eine zugleich für ein späteres Verteilungsverfahren wirksame richterliche Feststellung haben will, und wird schon durch die Bekämpfung des Antrags seitens des Gegners erkennbar. Für die Formen und Wirkungen des Vollstreckungsverfahrens gelten hier nach §§ 1, 15 EG. z. ZwVG. noch die Vorschriften der SubhO., für die Rechte der Hypothekgläubiger seit Grundbuchanlegung (1. Mai 1905) die des BGB. Jedoch entscheidet sich nach älterem Zwangsversteigerungsrecht die Frage bezüglich der Haftung sonstiger Sachen neben dem Grundstück (Planck, Anm. 11 zu Art. 192 EG. z. BGB., Bd. VI S. 343); mit der Immobiliarbeschlagnahme vom 9. Mai 1904 gelten daher auch alle nachher anfallenden Erträgnisse als beschlagnahmt, und zwar auch gegenüber rangälteren Hypothekgläubigern. Dazu gehörten die Kartoffeln als Bestandteile, solange sie im Boden ruhten, und als organische Erzeugnisse der Sache, solange sie nach der Trennung noch auf dem Gut vorhanden waren. Fraglich ist jedoch die Fortwirkung dieses Rechts an dem durch Verarbeitung dieser Kartoffeln hergestellten Rohspiritus und die Eigenschaft des letzteren als „Erträgnis" des Grundstücks. Erklärt man diesen dem älteren Recht entstammenden Begriff nach dem Fruchtbegriff (§ 99 BGB.), so ergeben sich Schwierigkeiten. Denn der Branntwein ist streng genommen nicht mehr die aus dem Boden gewonnene natürliche Frucht oder das organische Erzeugnis der Sache — wie es die Kartoffeln waren —, und unter die sonstige Ausbeute aus der Sache fällt er gleichfalls nicht, weil hier nur Bestandteile in Frage kommen, welche als Früchte gezogen werden (Planck, Anm. 2 zu § 99 BGB.; Eck, Vorträge zum BGB. § 26). Der Beurteilung des Branntweins als Ausbeute oder Industrialfrucht seitens des Erstgerichts kann hienach nicht beigetreten werden. Die Surrogation läßt sich für den Kläger nicht verwerten, weil das BGB. diese nicht als allgemeinen Rechtsbegriff kennt, sondern nur in einzelnen Fällen anwendet. Die Spezifikation kann vielmehr zu Erlöschung der am Stoff bestehenden Rechte, z. B. Pfandrechte führen, auch wenn der Eigentümer selbst die Verarbeitung vornimmt (Planck, Anm. 5 zu § 950, Cosack, Lehrb., BGB. II § 205; Biermann, Sachenrecht, Anm. 2 zu § 950). So wurden von der Rechtsprechung nicht als Zubehör und nicht als Früchte erachtet: Biervorräte in einer Brauerei, Getreidevorräte in einer Mühle, die Produkte einer Fabrik auf dem Grundstück, der Reingewinn eines solchen Fabrik- oder Gewerbebetriebs. Der vorliegende Fall ist aber wegen der dazwischengetretenen Beschlagnahme und des anzuwendenden Rechts anders gelagert. Die nach der Beschlagnahme geernteten Kartoffeln waren ein landwirtschaftliches Erzeugnis des Gutes und blieben es auch, wenn sie die Besitzerin durch ihre Bediensteten in der Brennerei als landwirtschaftlichen Nebenbetrieb zu Branntwein verarbeiten ließ. Denn dieser war nur ein Halbfabrikat, hergestellt aus organischen Erzeugnissen des beschlagnahmten Bodens, an dem ein anderes Eigentum nicht begründet wurde. Insofern stellt der Rohspiritus ein Erträgnis der Sache dar und gehört als solches nach Art. 8 SubhO. zur Immobiliarmasse, denn „Erträgnis" ist — von der rechtlichen Seite abgesehen — wesentlich ein wirtschaftlicher Begriff und erscheint weitergehend als „Frucht" nach BGB., das übrigens ebenfalls neben dem naturwissenschaftlichen den wirtschaftlichen Gesichtspunkt berücksichtigt. Hienach kann unerörtert bleiben, ob nicht das Hypothekrecht des Klägers nach § 1120 BGB. auf die vom Grundstück getrennten, aber auf demselben verbliebenen nicht in fremdes Eigentum gelangten Erzeugnisse sich erstreckte und ihm damit ein Widerspruchsrecht erwachsen ist.[1]) — (Urt. vom 14. Okt. 1905; BerR. L 509/05.) N.

316

Oberlandesgericht Bamberg.

Hinterlegung aus zivilrechtlichem oder prozessualem Grunde. Verhältnis der gesetzlichen Bestimmungen. Kostenerstattungspflicht. (§§ 372, 381 BGB.; §§ 788, 874, 853 ZPO.) Der Beklagte hatte der Klägerin geschuldete 5000 Mk. kurz vor Klagestellung beim AG. Str. hinterlegt und zwar 1270 Mk., weil mehrere Gläubiger der Klägerin ihren Anspruch gegen den

[1]) Ob diese Frage bei einer Widerspruchsklage des Hypothekgläubigers (im Gegensatz zu Einwendungen sonstiger Beteiligter nach § 766 ZPO.) wirklich offen bleiben konnte, ist nicht unzweifelhaft. In der Sache selbst, deren Entscheidung auch für die Auslegung des § 811 Nr. 4 ZPO. von Wichtigkeit ist, sind a. M.: Staudinger-Riezler, Bem. 6 b zu § 99 BGB. („Spezifikation kann nicht Früchte erzeugen, sondern nur neue Sachen"); Staudinger-Kober zu §§ 950, 1120 BGB.; Endemann, Lehrb. des bürg. R. II § 84 (Rübenzucker). Auch die Motive zu Art. 8 SubhO. sprechen nur von „Naturalerträgnissen, Mietzinsen und sonstigen sogenannten Zivilfrüchten." Nun ist wohl die Kartoffel selbst eine Industrialfrucht, nicht aber deren Destillat; vgl. Anm. z. bay. LR. Th. II K. III §§ 14 (Bier), 20. Im Gegenteil macht sich der Schuldner durch Verarbeitung oder sonstigen Verbrauch der beschlagnahmten Früchte strafbar (Ortenau-Henle, Anm. 3 zu Art. 45, 46 SubhO.), auch wenn, wie hier, kein Verwalter aufgestellt ist. Anders nach §§ 21, 23 ZwVG., wo aber streitig ist, ob der Reinerlös dem Schuldner oder der Masse zufällt (v. d. Pfordten, ZwVG. S. 69, 84). Der Einsender.

1. Es ist zunächst auf die Natur des Vergleiches und seine verschiedenen Arten einzugehen. Vom Vergleiche handelt das BGB. in § 779 und die ZPO. in §§ 81, 83, 160, 510 und 794. Der Vergleich ist ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, kann aber zugleich als Prozeßhandlung in die Erscheinung treten oder zu einer solchen Anlaß geben. Dem trägt § 81 ZPO. Rechnung, der ausspricht, daß die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ermächtigt und dann die in der Prozeßvollmacht gegebene allgemeine Ermächtigung zu solchen Verfügungen über den Streitgegenstand anreiht, die auch als Prozeßhandlungen im weiteren Sinne in die Erscheinung treten oder zu solchen Anlaß geben können. Die ZPO. — von den §§ 81 und 83 abgesehen — und das GKG. beschäftigen sich nur mit dem Vergleich als Prozeßhandlung, die GebO. f. RA. dagegen beschäftigt sich auch mit ihm als Rechtsgeschäft. Eine Prozeßhandlung im weiteren Sinne ist der Vergleich,

a) wenn er vor Gericht zustande kommt, was geschehen kann,
   α) indem die Vergleichsverhandlungen vor Gericht geführt werden und zur Einigung führen unter Feststellung dieses Ergebnisses nach § 160 Abs. II oder III ZPO.,
   β) indem die Verhandlungen außergerichtlich geführt werden mit der Abmachung, daß der Vergleich nach § 160 Abs. II oder III zu beurkunden ist und erst hiermit binden soll.

Eine Prozeßhandlung liegt aber auch vor:

b) wenn der rechtswirksam geschlossene außergerichtliche Vergleich nachträglich die Natur des Prozeßvergleichs annimmt,
   α) dadurch, daß er gemäß den übereinstimmenden mündlichen Erklärungen der Parteien von dem Gerichte in das Protokoll aufgenommen wird (§ 160 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO.), oder
   β) dadurch, daß das Vergleichsschriftstück nach Verlesung und Anerkennung dem Gericht übergeben und dem Protokoll als Anlage beigefügt wird (§ 160 Abs. III ZPO.).

Während im Falle des § 160 Abs. III zu a das angefertigte und unterschriebene Vergleichsschriftstück bis zur Uebergabe an das Gericht nur ein vorbereitender Entwurf ist, ist es zu b die über den Vertrag ausgestellte Urkunde, die nur noch zu anderem Zwecke als dem der Rechtswirksamkeit öffentliche Urkunde werden soll. Sowohl in den Fällen zu a als auch in den Fällen zu b ist der Vergleich vor dem Gerichte geschlossen. Allein mit Bezug darauf, ob er früher Rechtswirksamkeit äußerte oder nicht, läßt sich von einem „Abschluß vor Gericht" in weiterem Sinne (Fälle zu b) und im engeren Sinne (Fälle zu a) sprechen. Welche Bedeutung die Worte jeweils haben, ist durch Auslegung zu ergründen. § 794 Ziff. 1 ZPO. bezieht sich auf die im weiteren Sinne vor Gericht geschlossenen Vergleiche. Vollstreckungstitel soll jeder Vergleich sein, der zu gerichtlichem Protokoll (nach § 160 Abs. II Ziff. 1 oder Abs. III ZPO.) beurkundet ist. Eine diesbezügliche Unterscheidung zwischen den beiden Gruppen zu a und b würde des Grundes entbehren und dem Zwecke der Vorschrift widersprechen. In der Tat werden die außergerichtlich geschlossenen Vergleiche nur zur Erlangung der Vollstreckungsfähigkeit zum Sitzungsprotokoll übergeben. Das GKG. erwähnt den Vergleich in §§ 21–23. Nur die vom Gerichte vorgenommene Prozeßhandlung wird bewertet. Das Gesetz spricht stets von Aufnahme eines Vergleiches; es legt also schon wörtlich das Gewicht auf die Aufnahme in das Protokoll, der nach ausdrücklicher Vorschrift der Fall des § 160 Abs. III ZPO. gleichsteht, und spricht demgemäß nur von einem geschlossenen Vergleich, läßt also dahingestellt, ob der Vergleich erst vor Gericht geschlossen wurde, oder ob er bereits außergerichtlich geschlossen war. Dies steht in Uebereinstimmung mit dem Grunde dieser Vorschriften, die eine Begünstigung des Vergleiches durch Minderung der Kosten bezwecken, ein Grund, der ebenso für den außergerichtlich wie für den vor Gericht zustande gekommenen Vergleich spricht.

Die GebO. f. RA. dagegen spricht in § 13 Ziff. 3 allgemein von der Mitwirkung bei einem „geschlossenen" Vergleich, dagegen in § 18 enger von Vergleichsschluß vor dem Prozeßgerichte oder einem ersuchten oder beauftragten Richter. § 13 bezieht sich also auf jede Art des Vergleiches und auch der Grund der Vorschrift führt hierzu. Das Gesetz will der vergleichsweisen Erledigung Vorschub leisten. Dem gegenüber ist § 18 eine Ausnahme, die einschränkend auszulegen ist. Die einschränkende Auslegung führt dazu, den Ausdruck „vor Gericht abgeschlossen" hier in dem engeren Sinne zu verstehen. Auch der Wortlaut des § 18 führt hierzu; denn hienach soll nur die anfallende Vergleichsgebühr geschmälert, nicht die bereits zustehende Vergleichsgebühr nachträglich ermäßigt werden. Die Vorschrift des § 18 kann sich also nur auf die Fälle beziehen, in denen die Vergleichsgebühr mit dem Vergleichsschlusse vor Gericht erst anfällt, ein außergerichtlicher Vergleichsschluß also nicht vorliegt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Gebühr geschmälert werden soll, wenn der Anwalt außer der Tätigkeit, zufolge deren ihm die Gebühr des § 13 Ziff. 3 zusteht, noch eine weitere Tätigkeit entwickelt. Anders ist es für die sämtlichen oben zu a besprochenen Fälle. Eine Beschränkung auf die Fälle zu α ist hier nicht angängig. Sie unterscheiden sich nur tatsächlich, nicht rechtlich von den Fällen zu β. Wenn sie allein herausgerissen werden sollten, müßte dies genau ausgesprochen werden. In keinem dieser Fälle liegt ein vorgängiger Vergleichsschluß vor; eine Gebühr nach § 13 Ziff. 3 ist also noch nicht angefallen; es erwächst sohin nur die Gebühr nach § 18. Unerheblich ist, daß die Mühe und Verantwortlichkeit des Anwaltes in den Fällen a β größer ist als bei a α und unter Umständen ebenso groß wie in den Fällen zu b; denn für die GebO. ist das Maß der Mühe und Verantwortlichkeit nicht entscheidend. Auch ist zu beachten, daß das Gesetz wohl von einer Mitwirkung des Anwaltes beim Vergleiche, aber nur vom Vergleichsabschlusse vor Gericht spricht, also den Grund für die Schmälerung der Vergleichsgebühr nicht gerade in der Mitwirkung des Gerichts beim Vergleichsschlusse erblickt. Allerdings begründen die Motive die Schmälerung der Vergleichsgebühr auch damit, daß in diesen Fällen der Regel nach die richterliche Tätigkeit auf das Zustandekommen des Vergleichs von Einfluß ist, was für die Fälle zu a β regelmäßig nicht zutrifft. Allein den Motiven kann ein entscheidender Einfluß auf die Auslegung nicht eingeräumt werden.

2. In tatsächlicher Beziehung kann sich nur fragen, ob ein Fall nach a β oder nach b β vorliegt. Ersterenfalls ist nur ein Gebührenanspruch nach § 18 GebO. f. RA. gegeben, letzterenfalls steht die Gebühr nach § 13 Ziff. 3 zu. Die Erklärungen vor dem Prozeßgerichte lassen die Sache zweifelhaft, indem der klägerische Vertreter erklärte, daß ein Vergleich zustande gekommen sei und beifügte, daß er in Voraussicht der vergleichsweisen Erledigung das Nichterscheinen eines Zeugen veranlaßt habe. Es mußte demnach auf die Verhandlungen der Anwälte zurückgegriffen werden. Die Erklärung der Parteien, wonach der Vergleich mit Rechtsanwalt N. geschlossen und zu gerichtlichem Protokoll übergeben werden soll, spricht für eine beabsichtigte Regelung im Sinne von b β. Allein noch ehe so der Vergleich mit Rechtsanwalt N. geschlossen war, erklärte der Kläger, daß er auf Protokollierung bestehe. Damit hat der Kläger die „Protokollierung" als ausschlaggebenden Rechtsvorgang bezeichnet, und dementsprechend schreibt auch der klägerische Prozeß-

bevollmächtigte an den Gegenanwalt: „Ich übermittle Ihnen einen Entwurf des zu Protokoll zu übergebenden Vergleiches.“ Nach § 154 Abs. II BGB. war also der Vergleich vor der Beurkundung durch das Gericht noch nicht geschlossen. Es kann also nur die Gebühr nach § 18 GO. f. RA. berechnet werden. (Beschl. vom 1. Juli 1905, Beschw.-Reg. Nr. 296/05). W.

279

II.

Begriff der „Erträgnisse“ nach Art. 8 SubhO. Einfluß der Verarbeitung (§ 950 BGB.). Anordnung der Hinterlegung eines freihändigen Erlöses nach §§ 825, 769 ZPO. Am 9. Februar 1905 wurden in der zum Oekonomiegut der Anna N. in H. gehörigen Brennerei trotz bestehender Immobiliarbeschlagnahme auf Betreiben eines Kurrentgläubigers sechs Fässer mit Rohspiritus gepfändet. Letzterer war aus Kartoffeln hergestellt, die erst im Herbst 1904 auf dem Gut nach dessen Beschlagnahme geerntet waren. Ein Hypothekgläubiger erhob Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. und erwirkte einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts auf freihändigen Verkauf durch den Gerichtsvollzieher sowie einen prozeßgerichtlichen Hinterlegungsbeschluß hinsichtlich des Erlöses. Die Beschwerde des Pfändungsgläubigers gegen letzteren Beschluß wurde vom OLG. am 16. März 1905 (BeschwR. II 128/05) zurückgewiesen, weil die Zustimmung des Pfandgläubigers zu dem freihändigen Verkauf letzterem den Vollstreckungscharakter insolange nicht nehme, als nicht auch gleichzeitig die Pfändung aufgehoben werde. Nunmehr dehnte der Kläger die Klage auf Feststellung der Zugehörigkeit dieses Erlöses zur Subhastationsmasse aus. Der Beklagte bestritt die Zulässigkeit der Klage und die Eigenschaft des Rohspiritus als Erträgnis des Guts. Der Klage wurde stattgegeben, und die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Der Hypothekgläubiger ist gemäß § 771 ZPO. zur Widerspruchsklage berechtigt, wenn Gegenstände, auf welche sich seine Hypothek erstreckt, von Dritten gepfändet werden. Dies gilt nicht nur für Zubehör, sondern auch für sonstige Sachen unter Hypothekhaftung, sobald die Beschlagnahme in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (§ 865 ZPO.). Der Hypothekgläubiger kann zwar Einwendungen nach § 766 ZPO. erheben, ist aber hierauf nicht beschränkt (RGZ. 55, 207; Planck, BGB. Bd. III S. 471 Anm. 3 b). Die weiter verlangte Feststellung der Zugehörigkeit des Erlöses zur Subhastationsmasse entspricht der veränderten Sachlage und ist lediglich eine Folgerung des in erster Linie gestellten Klagsantrags (vgl. § 805 ZPO; Seuff. Arch. n. F. Bd. 4 S. 296). Das rechtliche Interesse des Klägers hiefür besteht darin, daß er eine zugleich für ein späteres Verteilungsverfahren wirksame richterliche Feststellung haben will, und wird schon durch die Bekämpfung des Antrags seitens des Gegners erkennbar. Für die Formen und Wirkungen des Vollstreckungsverfahrens gelten hier nach §§ 1, 15 EG. z. ZwVG. noch die Vorschriften der SubhO., für die Rechte der Hypothekgläubiger seit Grundbuchanlegung (1. Mai 1905) die des BGB. Jedoch entscheidet sich nach älterem Zwangsversteigerungsrecht die Frage bezüglich der Haftung sonstiger Sachen neben dem Grundstück (Planck, Anm. 11 zu Art. 192 EG. z. BGB., Bd. VI S. 343); mit der Immobiliarbeschlagnahme vom 9. Mai 1904 gelten daher auch alle nachher anfallenden Erträgnisse als beschlagnahmt, und zwar auch gegenüber rangälteren Hypothekgläubigern. Dazu gehörten die Kartoffeln als Bestandteile, solange sie im Boden ruhten, und als organische Erzeugnisse der Sache, solange sie nach der Trennung noch auf dem Gut vorhanden waren. Fraglich ist jedoch die Fortwirkung dieses Rechts an dem durch Verarbeitung dieser Kartoffeln hergestellten Rohspiritus und die Eigenschaft des letzteren als „Erträgnis“ des Grundstücks. Erklärt man diesen dem älteren Recht entstammenden Begriff nach dem Fruchtbegriff (§ 99 BGB.), so ergeben sich Schwierigkeiten. Denn der Branntwein ist streng genommen nicht mehr die aus dem Boden gewonnene natürliche Frucht oder das organische Erzeugnis der Sache — wie es die Kartoffeln waren —, und unter die sonstige Ausbeute aus der Sache fällt er gleichfalls nicht, weil hier nur Bestandteile in Frage kommen, welche als Früchte gezogen werden (Planck, Anm. 2 zu § 99 BGB.; Eck, Vorträge zum BGB. § 26). Der Beurteilung des Branntweins als Ausbeute oder Industrialfrucht seitens des Erstgerichts kann hienach nicht beigetreten werden. Die Surrogation läßt sich für den Kläger nicht verwerten, weil das BGB. diese nicht als allgemeinen Rechtsbegriff kennt, sondern nur in einzelnen Fällen anwendet. Die Spezifikation kann vielmehr zu Erlöschung der am Stoff bestehenden Rechte, z. B. Pfandrechte führen, auch wenn der Eigentümer selbst die Verarbeitung vornimmt (Planck, Anm. 5 zu § 950, Cosack, Lehrb., BGB. II § 205; Biermann, Sachenrecht, Anm. 2 zu § 950). So wurden von der Rechtsprechung nicht als Zubehör und nicht als Früchte erachtet: Biervorräte in einer Brauerei, Getreidevorräte in einer Mühle, die Produkte einer Fabrik auf dem Grundstück, der Reingewinn eines solchen Fabrik- oder Gewerbebetriebs. Der vorliegende Fall ist aber wegen der dazwischengetretenen Beschlagnahme und des anzuwendenden Rechts anders gelagert. Die nach der Beschlagnahme geernteten Kartoffeln waren ein landwirtschaftliches Erzeugnis des Gutes und blieben es auch, wenn sie die Besitzerin durch ihre Bediensteten in der Brennerei als landwirtschaftlichen Nebenbetrieb zu Branntwein verarbeiten ließ. Denn dieser war nur ein Halbfabrikat, hergestellt aus organischen Erzeugnissen des beschlagnahmten Bodens, an dem ein anderes Eigentum nicht begründet wurde. Insofern stellt der Rohspiritus ein Erträgnis der Sache dar und gehört als solches nach Art. 8 SubhO. zur Immobiliarmasse, denn „Erträgnis“ ist — von der rechtlichen Seite abgesehen — wesentlich ein wirtschaftlicher Begriff und erscheint weitergehend als „Frucht“ nach BGB., das übrigens ebenfalls neben dem naturwissenschaftlichen den wirtschaftlichen Gesichtspunkt berücksichtigt. Hienach kann unerörtert bleiben, ob nicht das Hypothekrecht des Klägers nach § 1120 BGB. auf die vom Grundstück getrennten, aber auf demselben verbliebenen nicht in fremdes Eigentum gelangten Erzeugnisse sich erstreckte und ihm damit ein Widerspruchsrecht erwachsen ist.[1] — (Urt. vom 14. Okt. 1905; BerR. L 509/05.) N.

316

Oberlandesgericht Bamberg.

Hinterlegung aus zivilrechtlichem oder prozessualem Grunde. Verhältnis der gesetzlichen Bestimmungen. Kostenerstattungspflicht. (§§ 372, 381 BGB.; §§ 788, 874, 853 ZPO.) Der Beklagte hatte der Klägerin geschuldete 5000 Mk. kurz vor Klagestellung beim AG. Str. hinterlegt und zwar 1270 Mk., weil mehrere Gläubiger der Klägerin ihren Anspruch gegen den

---

[1] Ob diese Frage bei einer Widerspruchsklage des Hypothekgläubigers (im Gegensatz zu Einwendungen sonstiger Beteiligter nach § 766 ZPO.) wirklich offen bleiben konnte, ist nicht unzweifelhaft. In der Sache selbst, deren Entscheidung auch für die Auslegung des § 811 Nr. 4 ZPO. von Wichtigkeit ist, sind a. M.: Staudinger-Riezler, Bem. 6 b zu § 99 BGB. („Spezifikation kann nicht Früchte erzeugen, sondern nur neue Sachen“); Staudinger-Kober zu §§ 950, 1120 BGB.; Endemann, Lehrb. des bürg. R. II § 84 (Rübenzucker). Auch die Motive zu Art. 8 SubhO. sprechen nur von „Naturalerträgnissen, Mietzinsen und sonstigen sogenannten Zivilfrüchten.“ Nun ist wohl die Kartoffel selbst eine Industrialfrucht, nicht aber deren Destillat; vgl. Anm. z. bay. LR. Th. II K. III §§ 14 (Bier), 20. Im Gegenteil macht sich der Schuldner durch Verarbeitung oder sonstigen Verbrauch der beschlagnahmten Früchte strafbar (Ortenau-Henle, Anm. 3 zu Art. 45, 46 SubhO.), auch wenn, wie hier, kein Verwalter aufgestellt ist. Anders nach §§ 21, 23 ZwVG., wo aber streitig ist, ob der Reinerlös dem Schuldner oder der Masse zufällt (v. d. Pfordten, ZwVG. S. 69, 84). Der Einsender.

Beklagten hatten pfänden lassen, 3730 Mk., weil 700 Mk. an B. abgetreten waren und der Beklagte selbst eine Gegenforderung von ca. 1200 Mk. zu haben behauptete. Da die Klägerin die Pfändungsgläubiger befriedigte, gab das AG. die 5000 Mk. nach Abzug der Kosten dem Beklagten zurück. Mit diesen Kosten zu 24 Mk. 55 Pfg. rechnete der Beklagte im Prozesse gegen die Klägerin auf. Das LG. erkannte die Erstattungspflicht der Klägerin nicht an; das OLG. erklärte dies nur für teilweise richtig.

Aus den Gründen: Die Hinterlegung geschah teils aus prozessualen, teils aus zivilrechtlichen Gründen. Die §§ 372 ff. BGB. beziehen sich nur auf die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, nicht auf die prozessuale Hinterlegung. Die Bestimmungen der Prozeßgesetze bleiben durch sie unberührt. (Staudinger, 1. Aufl. Vorbem. 1 zu § 372, Mot. Bd. 2 S. 91, 92.) Soweit es sich hier um eine Hinterlegung aus zivilrechtlichem Grunde handelt, finden die §§ 372—386 BGB. Anwendung; soweit aber eine Hinterlegung aus prozessualem Grunde (§ 853 ZPO.) vorliegt, sind zunächst die Bestimmungen der ZPO., im übrigen die Vorschriften der §§ 372—382 BGB. subsidiär maßgebend. (Seuffert, Komm. z. ZPO., 9. Aufl. § 853 Anm. 2.) Es ist zu unterscheiden, inwieweit die Hinterlegung rechtmäßig war. Die Kosten einer unrechtmäßigen Hinterlegung hat stets der Hinterlegende zu tragen, die Kosten einer rechtmäßigen der Gläubiger, falls der Schuldner nicht die hinterlegte Sache zurücknimmt. (Staudinger a. a. O. § 381 Anm. 1, 2.) Hier war die Hinterlegung nur rechtmäßig, soweit sie sich auf § 853 ZPO. stützt. Da es sich um 1270 Mk. handelte, durfte der Beklagte in Berücksichtigung der erwachsenden Kosten ungefähr 1300 Mk. hinterlegen. Nicht rechtmäßig war aber die Hinterlegung weiterer 3700 Mk., da ein Hinterlegungsgrund gemäß § 372 BGB. nicht vorlag. Die an B. abgetretenen 700 Mk. hätte der Beklagte an den neuen Gläubiger zahlen sollen; denn da die Abtretung unbestritten und vorschriftsmäßig bekannt gemacht worden war und auch die 5000 Mk. hinreichten, alle Pfändungsgläubiger, den B. und den Beklagten selbst mit seiner Forderung zu befriedigen, bestand keine Unsicherheit im Sinne des § 372 a. a. O. und daher auch kein Recht zur Hinterlegung. Das gleiche war der Fall hinsichtlich der eigenen Forderung des Beklagten zu etwa 1200 Mk. Auch hier war keine Unsicherheit vorhanden; Ungewißheit bezüglich der Höhe der Schuld ist kein Hinterlegungsgrund. Es fallen demnach die Kosten der Hinterlegung der 3700 Mk. dem Beklagten zur Last. Die Kosten der rechtmäßigen Hinterlegung hat die Klägerin zu tragen. Es fragt sich aber, ob sich hiernach durch § 381 BGB., wonach dem Schuldner die Kosten der Hinterlegung zur Last fallen, wenn er die hinterlegte Sache zurücknimmt, nicht eine Aenderung ergibt. Dies ist zu verneinen. Da es sich um eine prozessuale Hinterlegung handelt, greifen die Bestimmungen der ZPO. Platz, nicht aber § 381 BGB. Die Kosten der Hinterlegung nach § 853 ZPO. sind, da die Hinterlegung das Verteilungsverfahren vorbereitet (Recht Bd. 5 S. 471), Zwangsvollstreckungskosten, welche nach § 788 Abs. 1 dem Vollstreckungsschuldner zur Last fallen. Der Drittschuldner kann sie daher bei der Hinterlegung abziehen, und wenn dies nicht geschehen ist, sind sie wie Kosten des Verteilungsverfahrens nach § 874 Abs. 2 a. a. O. vorweg von der Masse abzuziehen. (Gaupp-Stein, a. a. O. § 853 Anm. III Abs. 3.) Die hier beanspruchten 24 Mk. 55 Pfg. sind aber nicht einmal wirkliche Hinterlegungskosten, sondern die Kosten des eingeleiteten, aber nicht durchgeführten Verteilungsverfahrens (sog. Kommunkosten, vgl. Wilmowski-Levy, Komm. z. ZPO., 4. Aufl. § 760 Anm. 2), welche nach § 874 Abs. 2 ZPO. aus der Masse, also von dem Vollstreckungsschuldner zu bestreiten sind. (Gaupp-Stein a. a. O. § 874 Anm. I.) Es ist kein Zweifel, daß die Klägerin bei Durchführung des Verteilungsverfahrens diese Kosten hätte tragen müssen. Diese Pflicht kann nicht dadurch beseitigt sein, daß die Klägerin durch Befriedigung ihrer Pfändungsgläubiger die Durchführung des Verteilungsverfahrens überflüssig gemacht hat. Aber auch wenn § 381 BGB. anwendbar wäre, würde sich nichts anderes ergeben. Denn die Bestimmung, daß der Hinterlegende die Kosten zu tragen hat, wenn er die hinterlegte Sache zurücknimmt, hat nur den Sinn, daß der Schuldner für die Kosten einzustehen hat, wenn er die Sache freiwillig zurückfordert und so die Wirkung der Hinterlegung beseitigt; es sind dann von ihm die Kosten ohne Nutzen für den Gläubiger verursacht. Hier aber wurde das hinterlegte Geld nicht zurückgenommen, sondern vom Gerichte zurückgegeben, weil die Durchführung des Verteilungsverfahrens überflüssig geworden und der Hinterlegungsgrund weggefallen war. Es hat also die Klägerin die auf die Hinterlegung von 1300 Mk. treffenden Kosten sich aufrechnen zu lassen. (Urteil vom 23. September 1905 BR. 111/05.)

336 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Vergleich und Art. 14 des alten Notariatsgesetzes. Die Eheleute Z. und B., Nachbarn, hatten wegen Eigentumsstörungen zum Amtsgericht B. Klage und Widerklage erhoben. Der Rechtsstreit wurde vergleichsweise dadurch beendet, daß die Beklagten das klägerische Anwesen kauften, die Kläger das Eigentum den Beklagten übertrugen und in Berichtigung des Besitztitels willigten. Der Vergleich wurde von dem Prozeßgericht beurkundet und der Besitztitel berichtigt. Mit Klage verlangten die Kläger später die Feststellung, daß der Vergleich mangels der Voraussetzungen des § 779 BGB. und wegen Verletzung des Art. 14 NG. nichtig sei, und die Rückumschreibung. Das Landgericht erachtete auf einen Prozeßvergleich über ein Grundstück den Art. 14 NG. nicht für anwendbar, war aber der Ansicht, daß es an den Voraussetzungen eines Vergleichs im Sinne des § 779 BGB. fehle und erkannte nach Klage. Dieses Urteil wurde, soweit es den Vergleich als ungültig erklärte, aufgehoben, die Verurteilung der Beklagten zur Bewilligung der Rückumschreibung dagegen aufrecht erhalten.

Aus den Gründen: Der Ansicht des Erstrichters, daß mangels der Merkmale des § 779 BGB. der Beseitigung eines Streits über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens kein Vergleich, sondern nur ein Kaufvertrag vorliege und daher die Bestimmungen für den Prozeßvergleich keine Anwendung finden könnten, kann nicht beigetreten werden. Beide Teile suchten richterliche Hilfe wegen den Eigentumsstörungen. Ein Vergleich zur Beseitigung der mit ihrem Grundbesitz zusammenhängenden Streitigkeiten lag im Interesse beider Teile. Der Erstrichter erkennt an, daß die Parteien bestrebt waren, nicht nur den Rechtsstreit zu erledigen, sondern einen dauernden Zustand zu schaffen, der weitere dingliche Prozesse ausschließt, und daß ein solcher nur dadurch geschaffen werden konnte, daß der eine Teil seinen Grundbesitz abtrat. Soll der Vergleich seinen Zweck erfüllen, so muß er die Sache so regeln, daß auch für die Zukunft Streitigkeiten vorgebeugt ist. Kann dies auf keinem andern als dem hier gewählten Wege erreicht werden, so muß den Parteien diese Art der Einigung freigelassen sein, wenn auch das Eigentum am Grundstück nicht Gegenstand des Streits war. Die Ansicht des Erstrichters würde die Erledigung des Streits hemmen und dazu führen, daß in solchen Fällen ein auch künftige Prozesse beseitigender Vergleich unmöglich wäre. Mit dem Vergleich haben die Parteien zur Beseitigung des Streits gegen-

seitig nachgegeben. Sie haben auf Geltendmachung ihres Begehrens verzichtet, hierin und im Kostenausgleich liegt das Nachgeben. (JW. 1905 S. 568, Zeitschr. f. Rechtspfl. i. B. 1905 S. 343). Gleichgültig ist, ob das Nachgeben in dem Vertrag ausdrückliche Erwähnung fand, da die Absicht der Parteien durch Auslegung festgestellt werden kann und sich aus den Umständen ergibt. Auch das ist Nachgeben, wenn eine Partei sich entschließt, Grundstücke zu verkaufen, und der andere Teil sich bereit erklärt, sie zu erwerben. Der Erstrichter hat der auf dem oben erörterten Standpunkt stehenden Entscheidung des obersten Gerichtshofs (Bl. f. RA. Bd. 44 S. 182, ältere Slg. Bd. VII, S. 779) nur deswegen sich nicht angeschlossen, weil die in der Entsch. d. RG. Bd. 48 S. 183 berührte Ausnahme gegeben sei, daß ein Vertrag geschlossen worden ist, um durch gerichtliche Protokollierung die notarielle Beurkundung zu umgehen. Diese Annahme entbehrt der Begründung. Sie ist schon durch den Zweck des Vergleichs widerlegt, sie ist aber auch nicht haltbar, weil zu dem Vergleich noch der gebührenpflichtige dingliche Uebereignungsakt, der vor dem Notar zu erklären ist, hinzu zu treten hat. Der Vergleich ist demnach gültig. Eine andere Frage ist, ob er dingliche Wirkung äußern, Eigentum übertragen konnte. Sie muß verneint werden.

Art. 14 des alten NG. gilt seit dem Inkrafttreten des BGB. nach Art. 189 Abs. 1 EG. z. BGB., solange das Grundbuch nicht als angelegt anzusehen ist, noch für die unmittelbare Verfügung über ein Grundstück, den dinglichen Vertrag, während der obligatorische Vertrag den Vorschriften des neuen Rechts (§ 313 Satz 1 BGB.) unterliegt. (Entsch. d. OLG. n. F. Bd. IV S. 736/737, Zeitschr. f. Rechtspfl. i. B. 1905 S. 106.) § 313 BGB. (Art. 167 Ziff. I AG. z. BGB.) schreibt für die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, wie Art. 14 des alten NG., notarielle Beurkundung vor. Nach bisherigem Recht stand außer Zweifel, daß der obligatorische Anspruch auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke in einem Prozeßvergleich vereinbart werden kann, und dies ist auch für das neue Recht durch die in Bd. 48 S. 183 abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts außer Zweifel gestellt. Anders aber liegt die Sache bei der dinglichen Eigentumsübertragung. Die Entscheidung des obersten Gerichtshofs vom 6. Mai 1878, die bei einem gerichtlichen Vergleich den Art. 14 des NG für nicht anwendbar erachtet (Bl. f. RA. Bd. 43 S. 210, ältere Slg. Bd VII 5, 456), stützt sich auf die bayer. Gerichtsordnung von 1753, die durch das AG. z. ZPO. vom 23. Februar 1879 außer Wirksamkeit gesetzt wurde (vgl. auch Art. 166 Ziff. XVI des bayr. AG. z. BGB.) und kann daher hier nicht verwendet werden. Auch das reichsgerichtliche Erkenntnis entscheidet die Frage nicht; denn es läßt dahingestellt, ob ein gerichtlicher Vergleich auch die Auflassung (§§ 873, 925 BGB.) ersetzen kann. Das Berufungsgericht verneint dies. Wie Art. 14 des NG. für das auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück gehende Rechtsgeschäft nichts anderes als § 313 Satz 1 BGB. bestimmt, so bestimmt er auch für die Eigentumsübertragung selbst nichts anderes als die §§ 873, 925 BGB., Art. 8 AG. z. BGB. Das alte und das neue Recht fordern für die dingliche Uebereignung die Einigung beider Teile und die Erklärung vor dem Notar, wobei es hier gleichgültig ist, daß die Einigung nach neuem Recht auch vor dem Grundbuchamt erklärt werden kann. Es läßt sich deshalb kein Grund denken, warum in dem Geltungsgebiet des Art. 14 NG. für die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs andere Grundsätze als in dem der §§ 873, 925 BGB. gelten sollten. Das Oberste Landesgericht hat in der Entscheidung (Slg. n. F. Bd. IV S. 235) ausgesprochen, daß die Aufnahme der Einigung über die Uebertragung des Eigentums in dem gerichtlichen Vergleich kein Ersatz für die Erklärung der Auflassung vor dem Notar oder Grundbuchamt ist. (Vgl. Endemann Bd. I § 193, Planck BGB. Vorbem. I zum 19. Titel, Dernburg BR. Bd. II Abs. 25, III, Seuffert ZPO. 8. Aufl. Bem. 2 e S. 437, 438, Gaupp ZPO. 4. Aufl. Bem. I, 1, b, *d* S. 508, Bl. f. RA. Bd. 69 S. 33/34, Bd. 70 S. 274.) Ist dies richtig, so muß es für das alte Recht zu dem Schlusse führen, daß der gerichtliche Vergleich die nach Art. 14 NG. vor dem Notar zu erklärende Eigentumsübertragung nicht ersetzen kann. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. 68 S. 449, Zeitschr. f. Rechtspfl. i. B. 1905 S. 78.) Es ist daher bedeutungslos, daß z. Z. des Vergleichsschlusses das Grundbuch für den Bezirk des Amtsgerichts B. noch nicht als angelegt erklärt war. Das Berufungsgericht schließt sich der Anschauung des Obersten Landesgerichts an; denn der gerichtliche Vergleich hat nur obligatorischen Charakter, seine dingliche Vollziehung ist ein der streitigen Rechtspflege entzogener Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Aus dem Vergleich folgt nur die im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 887 ZPO., Entsch. d. RG. Bd. 55 S. 57 und Bd. 54 S. 381) erzwingbare Verpflichtung der Kläger, das Eigentum an dem Grundbesitz auf die Beklagten zu übertragen. — (Urteil vom 30. Oktober 1905.) H.

338

Oberlandesgericht Augsburg.

Tragweite des § 528 BGB. Kläger hat mit notariellem Vertrag vom 21. Oktober 1903 seinem Sohne ein Wohnhaus in der Stadt A. um 12000 Mk. übergeben und ihm den Preis als Vatergut erlassen. Mit Rücksicht darauf, daß er sich zum dritten Male verheiratete, erhob er gegen den Sohn Klage mit dem Antrage, zu erkennen, daß dieser schuldig sei, 5000 Mk. oder eine richterlich festzustellende Summe aus dem Vatergute als Unterhalt für seinen Vater und dessen Frau und behufs Einkaufs beider in eine Pfründe zu zahlen. Die Klage wurde abgewiesen, weil zwar die 12000 Mk. als Ausstattung im Sinne des § 1624 BGB. und als Schenkung mit der Folge des § 528 BGB. zu gelten hätten, allein Kläger keinen ausreichenden Beweis über seine Vermögenslage angeboten habe. Die Berufung wurde vom Oberlandesgericht Augsburg (II. ZS) am 23. September 1905 verworfen.

Aus den Gründen: Ob mit dem Vatergute zu 12000 Mk. eine Ausstattung nach § 1624 BGB. zugewendet werden sollte, und ob diese das den Vermögensverhältnissen des Vaters entsprechende Maß übersteigt, oder ob beabsichtigt war, dem Sohne sein väterliches Erbgut auszuweisen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls findet § 528 BGB. keine Anwendung. Nach seinem 1. Satze kann der Schenker, soweit er nach Vollziehung der Schenkung seinen standesmäßigen Unterhalt nicht bestreiten und die Unterhaltspflicht gegenüber seinen Verwandten oder seinem Gatten nicht erfüllen kann, die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Diese Verpflichtung ist jedoch nicht absolut im Sinne des § 812 BGB., sondern in Satz 3 des § 528 durch die Bezugnahme auf § 760 eingeschränkt, so daß der Schenker nicht sofortige Herausgabe des Geschenks in der Gesamthöhe der Haftung des Beklagten, sondern nur bis zum Betrage dieser Gesamthaftung eine Geldrente verlangen kann. Diese Auslegung wird zwar bekämpft (vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Aufl. I/II, Bd. II Abt. II S. 130); es läßt aber der Wortlaut des Satzes 3 in § 528: „Auf die Verpflichtung des Beschenkten finden die Vorschriften des § 760 usw. entsprechende Anwendung" nur den Schluß zu, daß die in Satz 1 ausgesprochene, durch das Wort „soweit" begrenzte Haftung des Beschenkten in eine Geldrente bis zu deren Höhe umgewandelt werden sollte, da

sich eine Beziehung des Satzes 3 zu Satz 2, worin dem Beschenkten das **Recht** eingeräumt wurde, die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abzuwenden, nicht annehmen läßt.

Die Klage entbehrt übrigens der Unterlage noch aus einem anderen Grunde. Der Begriff der Unterhaltsberechtigung im allgemeinen ist in § 1602 BGB. geregelt. Hiernach ist nur unterhaltsberechtigt, wer sich nicht selbst unterhalten, d. h. weder aus seinem Vermögen, noch aus dem Ertrage seiner Arbeit die Lebensbedürfnisse bestreiten kann. Auch ist im Falle des § 528 BGB. im Gegensatz zu dem das Schenkungs**versprechen** betreffenden § 519 — der dem Schenker das Recht gibt, die Erfüllung schon bei Gefährdung seines Unterhalts zu verweigern — nicht unterhaltsberechtigt, wer zwar nicht aus seinen Einkünften, dagegen aus dem Stamme seines Vermögens den Unterhalt beschaffen kann. Hier hat aber der Kläger selbst zugegeben, daß er außer dem ihm im Uebergabsvertrage zugestandenen Rechte, die Erträgnisse des Hauses noch bis zu einem gewissen Zeitpunkte zu beziehen, noch ein auf 95 Mk. jährlich sich rentierendes Kapital von 3000 Mk. besitzt, das er noch nicht anzugreifen gezwungen war; er befürchtet dies nur für den Fall, daß der Klage nicht stattgegeben würde. Es tritt also die Unterhaltsbedürftigkeit des Klägers erst ein, wenn er sein Stammvermögen aufgezehrt hat.

327 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

I.

Haftung des Mieters gegenüber dem Vermieter für Beschädigung des Stiegenhauses durch einen Möbeltransporteur. Bedeutung des Antrags auf Urteil nach Sachlage. Der Kaufmann Sch. übertrug die Wegschaffung eines Kassenschranks aus seiner bei dem Hausbesitzer B. gemieteten Wohnung der Firma D. Letztere ließ den Transport durch das Speditionsgeschäft Br. besorgen; deren Arbeiter beschädigten dabei die Stiegenhauswand. Auf Anfordern des Hausbesitzers B. zahlte ihm Sch. die Herstellungskosten und verklagte alsdann die Firma D. auf Ersatz, weil letztere ausdrücklich die Haftung für allen etwaigen Schaden übernommen habe, übrigens nach § 278 BGB. für das Verschulden ihres Unterakkordanten Br. eintreten müsse. Die Beklagte gab zu, daß der Schaden unmittelbar durch den Transport (Anstoßen) verursacht worden sei, bestritt aber das Haftungsversprechen und es leistete der Firmeninhaber auch den durch Beweisbeschluß hierüber auferlegten Eid. Bei der weiteren Verhandlung beschränkte sich die Beklagte auf den Antrag „nach Sachlage“ zu erkennen. Das Amtsgericht kam auch zu deren Verurteilung auf Grund des § 278 BGB., weil sie sich des Br. zur Erfüllung ihrer Transportpflicht bedient habe. Hiegegen wurde von der Beklagten unter Nebenintervention des Br. Berufung eingelegt und insbesondere damit begründet, Sch. habe voreilig und grundlos an den Hausherrn B. bezahlt, denn er sei zu letzterem in gar keinem Schuldverhältnis gestanden; er hätte ihn auf die Einklagung des Unterakkordanten Br. verweisen sollen und dieser hätte im Rechtsstreit durch Führung des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB. obsiegen müssen. Demgegenüber berief sich der Kläger Sch. auf die Begründung des Erstrichters mit dem Beifügen, die Berufung sei schon deshalb unzulässig, weil gar nicht gegen den schließlichen Antrag des Beklagten erkannt worden und weil letzterer sich dem Urteil durch vorbehaltslose Zahlung unterworfen habe. Das Berufungsgericht wies das Rechtsmittel als unbegründet zurück und führte in den Gründen zunächst aus, daß der Berufungsverzicht nach § 514 ZPO. ausdrücklich erklärt sein müsse, also schlüssige Handlungen allein, wie die behauptete vorbehaltslose Zahlung hiezu nicht genügten. Der Schlußantrag des Beklagten in der Vorinstanz auf Urteil nach Sachlage sei mit dem Erstrichter mangels anderen Anhalts weder als Anerkenntnis noch als Nichtverhandeln aufzufassen gewesen, denn sonst hätte Anerkenntnis- od. Versäumnisurteil ergehen müssen; vielmehr habe Beklagter damit nur unter Aufrechthaltung des Inhalts seiner früheren Verhandlung seiner Ansicht über die geringe Haltbarkeit der Sache Ausdruck geben und sagen wollen, daß die Rechtsanwendung auf den unbestrittenen Rest des Tatbestandes lediglich dem Gericht zukomme. Sachlich sei das Urteil der Vorinstanz gerechtfertigt; dem nach §§ 550, 553, 558 BGB. liege dem Mieter die Vertragspflicht ob, die ihm überlassenen Räume vor Beschädigung zu bewahren. Zu diesen gehöre auch das gemeinsam benutzte Stiegenhaus. Ob nun der Mieter den Transport eines Gegenstands selbst vornehme oder durch einen andern betätigen lasse, ebenso in welchem Vertragsverhältnisse dieser zum Mieter stehe, könne dem Vermieter gleichgültig sein. Denn auch in letzterem Falle treffe § 278 BGB. zu, weil der Mieter sich einer anderen Person zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit (Schonung der Wände bei Räumung der Wohnung) bediene. Insbesondere werde § 278 nicht deshalb unanwendbar, weil der Transportunternehmer nicht in einem Unterordnungsverhältnis zum Mieter stehe (RGE. 59, 22). Habe demgemäß der Mieter Sch. dem Hauseigentümer B. den streitigen Schaden kraft Vertrags ersetzen müssen, so könne von einem Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. oder grundloser Zahlung keine Rede mehr sein, vielmehr sei der Beklagte seinerseits ohne weiteres zum Ersatz und zwar ebenfalls nach § 278 BGB. verpflichtet, da er sich bei der Erfüllung durch andere Personen habe vertreten lassen, die sich bei dem Transport schuldhaft benommen und dadurch Schaden gestiftet hätten. (Urt. v. 14. Juli 1905, F 368/05). N.

233

II.

Vollstreckbarkeit von Hypothekenurkunden gegen Sonderrechtsnachfolger (§§ 727, 794, 797 ZPO., Art. 127 ff. AG. z. ZPO.). Mit Notariatsurkunde vom 15. April 1902 tauschte der Kaufmann G. von dem Baumeister H. ein Anwesen in B., Amtsgerichts N. ein und bestellte darauf für eine Tauschaufgabe von 15000 Mk. samt 4½ % Zins Hypothek mit ausdrücklicher Vollstreckungsunterwerfung. Am 14. Okt. 1903 vertauschte G. das Anwesen an den Gärtner V.; letzterer übernahm die Tauschaufgabe zur selbstschuldnerischen Haftung. Am 4. April 1905 verkaufte V. das Anwesen an den Gärtner A.; auch dieser übernahm an Stelle des V. die persönliche Haftung für die Hypothek. Die Besitzveränderungen wurden jeweils alsbald im Hypothekenbuch eingetragen; diejenige vom 4. April 1905 unterm 29. April 1905. Am 27. Juni 1905 erhielt der Zessionar L. des ursprünglichen Gläubigers zur Urkunde vom 15. April 1902 Vollstreckungsklausel auf das mangels rechtzeitiger Zinszahlung fällig gewordene Restkapital von 12000 Mk. gegen V. „als Besitzer des Hypothekenobjekts laut Urk. vom 14. Okt. 1903 samt Vollzugsbestätigung“. Da der Gläubiger alsbald auf die Unrichtigkeit dieser Klauselbegründung hinwies, weil das Anwesen inzwischen auf A. übergegangen sei, erteilte der Notar am nächsten Tage die Klausel gegen V. „als persönlichen Schuldübernehmer“. Daraufhin erging am 5. Juli 1905 Mietzinspfändungsbeschluß des Amtsgerichts St. gegen V. Dieser erhob zum AG. in M. (Notariatssitz) Einwendungen gegen die Klausel, weil er niemals eine Hypothek bestellt oder sich der Vollstreckung unterworfen habe, als Drittbesitzer aber nicht mehr in Betracht komme. Das AG. erklärte auch die Klausel als unzulässig und führte zur Begründung aus, mangels Fortdauer des Drittbesitzes bei V. liege die Sache nicht anders, wie

wenn die Hypothek gelöscht oder B. lediglich Bürge gewesen wäre. Es könne also nur § 727 ZPO. angewendet werden; dessen entsprechende Geltung dürfe aber nicht auf Sonderrechtsnachfolger des Schuldners ausgedehnt werden, soweit es sich nicht um gerichtliche Entscheidungen handle (Petersen-Anger Anm. 1 b zu § 795; Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 795, Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 703 alt ZPO., ArchCivPrax. Bd. 88 S. 225; Mot. z. ZPO. S. 419). Ueberdies stehe gar nicht fest, ob die Schuldübernahme des B. jemals dem Gläubiger nach Maßgabe des § 416 BGB. formgerecht angezeigt und von ihm genehmigt worden sei. Hiegegen erhob der Gläubiger Beschwerde, weil die Ausschließung des Sonderrechtsnachfolgers von der Vollstreckung aus Urkunden willkürlich erscheine; die Schuldübernahme sei durch Vertrag zwischen den Beteiligten ausdrücklich genehmigt worden. Die Beschwerde blieb erfolglos aus folgenden Gründen: Der Vertrag vom 15. April 1902 ist nach seinem Inhalt eine Hypothekurkunde. Aus ihr findet deshalb die Zwangsvollstreckung nach Art. 127 ff. AG. z. ZPO. statt, da insoweit diese Bestimmungen auch nach Anlegung des Grundbuchs gemäß Art. 166 AG. z. BGB., VIII EG. z. ZPO.-Nov. in Geltung bleiben. B. war nicht Hypothekbesteller, es kann deshalb auf ihn nur auf Grund des Art. 128 AG. z. ZPO. vollstreckt werden; am 27. Juni 1905 war B. aber auch nicht mehr dritter Besitzer der Sache. Die Klausel vom 27. Juni 1905 ist deshalb zu Unrecht erlassen; denn wenn auch der Hypothekbesteller selbst nach der Veräußerung des Hypothekobjekts der Vollstreckung aus der Hypothekurkunde unterworfen bleibt, ist dies beim Drittbesitzer als solchem nach Art. 128 AG. z. ZPO. nicht der Fall. Soweit der Tauschvertrag vom 15. April 1904 eine Urkunde nach § 794 Nr. 5 ZPO. bildet, könnte noch seine Vollstreckbarkeit auf Grund des § 727 ZPO. in Frage kommen. Diese setzt voraus, daß B. Rechtsnachfolger des ursprünglichen Schuldners im Sinne des § 325 ZPO. geworden ist. Die Schuldübernahme begründet aber nach der allgemeinen Anschauung der Kommentare zur ZPO. eine solche Rechtsnachfolge nicht. Nicht nur Petersen-Anger und Struckmann-Koch, sondern auch Gaupp zu § 325 und 727, sowie Seuffert ebenda erklären, der Schuldübernehmer sei nicht Rechtsnachfolger. Es besteht für das Beschwerdegericht auch nach den Ausführungen des Beschwerdeführers kein Anlaß, von obiger allgemeiner Rechtsanschauung abzuweichen. — Die weitere Beschwerde wurde als unzulässig verworfen, weil die vom Amtsgericht allerdings etwas abweichende, übrigens sachlich zu billigende Begründung des Landgerichts den Gläubiger nicht stärker benachteilige als die Entscheidung der ersten Instanz, sohin ein neuer, selbständiger Beschwerdegrund nicht vorliege. (Beschl. des LG. München I vom 25. August 1905 [BeschwR. 497/05]; des OLG. München vom 9. Sept. 1905 [Besch.R. 476/05]). N.

287

III.

Anwendbarkeit des § 419 BGB. und des § 3 Nr. 1 AnfG. auf Gutsübergaben. Samtverbindliche Haftung mehrerer Anfechtungsbeklagter. Einfluß der Flurbereinigung auf die Rückgewähr nach § 7 AnfG. 1903 erwirkte E. gegen den Gütler N. Vollstreckungsbefehl auf einen rückständigen Kuhkaufschilling zu 170 Mk. Die Pfändung blieb erfolglos, weil sich herausstellte, daß der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Schuldner sein Anwesen im Mai 1902 an seine Stieftochter und deren Bräutigam Da. übergeben hatte. Das Mobiliar der Austragsstube war unentbehrlich, die Pfändung der Austragsrente versprach erst nach langem Warten Befriedigung. Im Mai 1905 verklagte E. die im gesetzlichen Güterstand verheirateten Uebernehmer Franz und Barbara Da. auf samtverbindliche Vollstreckungsduldung in das Anwesen; gegen den Mann war die Klage außerdem auf Vollstreckungsduldung in das eingebrachte Gut seiner Frau gerichtet. Die Klage stützte sich auf § 419 BGB. und § 3 Nr. 1 AnfG. Die Beklagten wendeten ein, es stehe nicht der Uebergang des ganzen Vermögens des N. auf sie fest und außerdem habe durch die Uebergabe die Heirat der schwangeren Tochter ermöglicht, nicht aber der Gläubiger benachteiligt werden sollen. N. wurde vom Kläger als Zeuge benannt, verweigerte jedoch das Zeugnis. Das Amtsgericht gab der Klage unter Einbeziehung der inzwischen durch Flurbereinigung zum Anwesen gekommenen Pl.-Nr. statt, und die Berufung blieb im wesentlichen erfolglos.

Aus den Gründen: Dem Erstrichter ist hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 419 BGB. zuzustimmen. Unter die vertragsmäßige Uebernahme des Vermögens eines Dritten fällt vorzugsweise der bäuerliche Uebergabevertrag (ROHG. III 368; Rehbein BGB. II 434). Die Anwendbarkeit des § 419 wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß Uebergeber einzelne Vermögensstücke behält oder nicht ausdrücklich sein „ganzes Vermögen“ überläßt (Prot. BGB. II 428; RGE. 24, 456; Rehbein a. a. O.). Es genügt, wenn das Vermögen in seinem wesentlichen Umfange übergeht; daß der Uebergeber nennenswerte Sachen sich zurückbehalten hätte, behaupten die Beklagten nicht. Hat aber N. „sein Vermögen“ im Sinne des § 419 auf die Beklagten übertragen, so können letztere von dem Kläger für sein Guthaben aus der Zeit vor der Uebergabe in Anspruch genommen werden, allerdings unter Beschränkung auf den übernommenen Vermögensbestand. Dessen Unzulänglichkeit behaupten aber die Beklagten nicht, und ebensowenig bemängeln sie den Bestand der Forderung, obwohl die Rechtskraft des erst nach der Uebergabe erlassenen Vollstreckungsbefehls nicht gegen sie wirken würde (Rehbein BGB. II 435). Unerheblich ist die Beteiligung der Ehefrau Barbara N. als Uebergeberin, gegen welche ein Vollstreckungstitel nicht vorliegt. Abgesehen davon nämlich, daß das Anwesen als Gesamtgut kraft allgemeiner Gütergemeinschaft für das Guthaben haftete, reichte unbestritten schon das von N. allein an beide Beklagte übertragene Vermögen zur Tilgung dieser Schuld hin. Endlich wird die Anwendbarkeit des § 419 BGB. dadurch nicht ausgeschlossen, daß jeder der Uebernehmer das Vermögen nur zur Hälfte überkommen hat. Dadurch wird nur die Schuldhaftung eines jeden auf die Hälfte beschränkt (Prot. BGB. II 430). Auch § 427 BGB. ist auf eine gesetzliche Haftung nicht anwendbar. Daß Kläger seinen Antrag mehr eingeschränkt hat, als im Hinblick auf § 419 BGB. mit §§ 786, 780 ff. ZPO. nötig ist, ist keine Beschwerung der Beklagten.

Die aus § 419 BGB. nicht ableitbare Gesamthaftung läßt sich aus dem AnfG. begründen. Allerdings nahm die bisherige Rechtsprechung in solchen Fällen eine Teilung der Rückgewährpflicht nach der Beteiligung am fraudatorischen Vertrag an, so insbesondere noch nach der Entsch. der BZS. (Bd. 21 S. 420) das Erkenntnis in E. 24, 143 für die Fälle des § 3 Nr. 1 AnfG. Allein der dort angeführte Grund (Nichtheranziehbarkeit des Landesrechts) ist jetzt hinfällig, weil im § 840 BGB. eine entsprechende reichsrechtliche Norm gegeben ist. Wenn Jaeger KO. S. 329 auch § 840 BGB. für unanwendbar hält, so hängt dies mit seiner grundsätzlichen Verneinung des Deliktscharakters zusammen, ein Standpunkt, der angesichts der RGE. (21, 420; 48, 401; JW. 04, 368) nicht annehmbar ist. Auch aus § 421 BGB. ist die Gesamthaftung zu folgern; denn jeder der Beklagten muß seine Anwesenshälfte der Vollstreckung für die ganze Schuld unterwerfen. Bei zeitlich einander folgenden fraudatorischen Geschäften mit verschiedenen Personen ist diese Folge unbestreitbar; es ist aber nicht abzusehen, warum bei gleichzeitigem Abschluß

die Rechtslage anders sein sollte. An sich kann allerdings Kläger nur Veräußerungen des N. anfechten, da er nur gegen diesen einen Vollstreckungstitel hat (§ 2 AnfG.). Indessen genügt dies insbesondere bei derartigen gütergemeinschaftlichen Veräußerungen, um den ganzen Veräußerungsakt dem Gläubiger gegenüber für unwirksam zu behandeln (ROHG. 23, 417; Bl. f. RA. Erg.-Bd. 8, 169; Hartmann-Meikel AnfG. S. 84).

Sachlich ist die richterliche Feststellung des Tatbestands des § 3 Nr. 1 AnfG. einwandsfrei (wird näher ausgeführt). Ausschlaggebend ist allein, daß bei der engen Familiengemeinschaft alle Beteiligten wußten, daß der Viehhändler für eine Kuh im Stall noch nicht ganz bezahlt war und daß die Befriedigung dieses Gläubigers durch die Anwesensübergabe erheblich verzögert, wo nicht vereitelt werden mußte, endlich, daß die Beteiligten gar nicht beabsichtigten, diese Schuld zu begleichen, ihnen vielmehr die vorausgesehenen Weiterungen gerade recht waren. Daß die Beklagten von der Schuld des N. keine Kenntnis gehabt hätten, behaupten sie ebensowenig, als daß N. etwa mit der Hingabe seines Vermögens bezweckt habe, durch entsprechende Gegenleistung seine Lage zu verbessern. Mangels derartiger Ausnahmen ist aber der Schluß von der Kenntnis der Benachteiligungsfolge auf die Absicht der Benachteiligung durchaus gerechtfertigt, zumal die Beklagten sich auch der ihnen bei Vertragsschluß wohl unbekannten Haftung aus § 419 BGB. zu entziehen versucht haben. Ob neben dieser fraudatorischen Absicht erlaubte Zwecke verfolgt wurden, ist gleichgültig. Neben dem Duldungsausspruch aus §§ 7, 9 AnfG. mit § 419 BGB. ist gegen den Ehemann Franz Da. der weitere Duldungsausspruch aus §§ 739 ZPO. 1410 ff. BGB. begründet, weil die Eheleute Da. im gesetzlichen Güterstand des BGB. leben und die fraudatorische Handlung der Ehefrau ihr eingebrachtes Gut sowohl als Delikt wie auf Grund der eheherrlichen Genehmigung durch widerspruchslose Geschäftsmitwirkung belastet. Indessen trifft diese Belastung nur hinsichtlich der der Ehefrau überbürdeten Prozeßkosten deren gesamtes eingebrachtes Gut, während sich die Duldungspflicht des Ehemanns hinsichtlich des Anwesens auf dessen der Frau gehörigen Hälftebruchteil beschränkt. Hinsichtlich der Verpflichtungen des Ehemanns haftet das Frauengut überhaupt nicht, weshalb diese Beschränkungen in die Urteilsformel selbst aufzunehmen waren. Der Austausch einzelner Grundstücke im Flurbereinigungsverfahren ist gemäß Art. 113 EG. z. BGB., 8 FlurberG. auf die Naturalrückgewähr durch Vollstreckungsduldung, sowie auf die Vermögenshaftung nach § 419 BGB. ohne Einfluß, da die eingetauschten Grundstücke in jeder Hinsicht an Stelle der früheren treten. (Urt. vom 8. November 1905, BerReg. F. 558/05.) N.

313

IV.

Hat nach § 1654 BGB., § 92 GKG. der Vater die Prozeßkosten des Kindes auch dann zu tragen, wenn dieses unfreies Vermögen nicht besitzt? Die Frage wurde in dieser Zeitschrift S. 262 bejaht. Das Landgericht München I hat sie in einem Beschluß vom 14. Oktober 1905 verneint.

Aus den Gründen: Das Beschwerdegericht kann sich dieser Anschauung (nämlich der in der erwähnten Mitteilung vertretenen) nicht anschließen, ist vielmehr der entgegengesetzten auch vom Reichsgericht gebilligten Anschauung. Danach setzt § 1654 BGB. voraus, daß das Kind Vermögen besitzt, welches der väterlichen Nutznießung unterliegt. Ist solches nicht vorhanden, so kann nicht davon die Rede sein, daß der Vater die zu den Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens gehörigen Prozeßkosten zu tragen habe. (Rechtspr. OLG. Bd. 7 S. 73 u. 74.)

297 Mitgeteilt von Amtsrichter Kraus in München.

V.

Zu § 626 BGB., Art. 24 Abs. I Z. 6 AG. z. BGB. Der Grund zur außerordentlichen Kündigung muß nicht schon zur Zeit der Kündigung vorgelegen haben. Einer Köchin wurde außerordentlich gekündigt. Daraufhin schrieb sie an ihre Dienstherrschaft einen Brief, welcher die Kündigung zurückwies und daneben beleidigende Aeußerungen enthielt. Auf die Klage der Köchin wurde die Herrschaft zur Zahlung des ganzen auf die Kündigungsfrist treffenden Lohnes verurteilt, da der Erstrichter einen Grund zur außerordentlichen Kündigung nicht als gegeben erachtete und den Brief unberücksichtigt ließ, weil er erst nach der Kündigung geschrieben wurde. Das Berufungsgericht hat die Herrschaft nur zur Zahlung des Lohnes verurteilt, der sich für die Zeit bis zum Eintreffen des Briefes berechnete.

Aus den Gründen: Zur Zeit, als der Klägerin gekündigt wurde, bestand kein außerordentlicher Kündigungsgrund. Die Kündigung erhielt aber Berechtigung durch den Brief der Klägerin. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der Kündigungsgrund nicht schon zur Zeit der Kündigung vorgelegen haben mußte, um berücksichtigt werden zu können. Er konnte auch nachträglich vorgebracht werden. Freilich konnte die hier erklärte außerordentliche Kündigung auch nur von dem Augenblicke an wirken, als nachträglich der Grund dafür eintrat, d. i. von dem Zeitpunkt an, zu dem der beleidigende Brief in die Hände der Frau X. kam (Urt. vom 13. November 1905.)

298 Mitgeteilt von Amtsrichter Kraus in München.

Aus der Praxis des bayerischen Landesversicherungsamts.

Ein Holzzerkleinerungsbetrieb in einem Gerichtsgefängnisse, in dem ein Aushilfsaufseher verwendet wird, ist unfallversicherungspflichtig. Der Vorstand eines Landgerichtsgefängnisses hatte für die Dauer der Krankheit eines Gefängnisaufsehers einen Aushilfsaufseher aufgenommen und sodann den Holzzerkleinerungsbetrieb des Gefängnisses bei der bayer. Holzindustrieberufsgenossenschaft angemeldet. Diese lehnte die Aufnahme des Betriebes in das Genossenschaftskataster ab. Der Beschwerde des Gefängnisvorstands wurde vom Landesversicherungsamt am 21. Oktober 1905 stattgegeben.

Aus den Gründen: Es ist zwar richtig, daß Gefangene, was ihre eigene Versicherung anlangt, als Arbeiter im Sinne des GewUVG. nicht angesehen werden können. Soweit dagegen die Versicherung der neben Gefangenen beschäftigten freien Personen in Frage kommt, können Gefangene, wie das Reichsversicherungsamt schon öfters ausgesprochen hat, bei der Berechnung der Zahl der beschäftigten Personen (§ 1 Abs. 4 GewUVG.) mitgezählt werden. Das Landesversicherungsamt schließt sich dieser Auffassung an. Die Gewerbsmäßigkeit des Betriebes steht außer Zweifel, und der betreffende Hilfsaufseher fällt nicht unter § 7 GewUVG. ——n.

318

Literatur.

Burlage E., Oberlandesgerichtsrat zu Oldenburg, Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften. Kommentar zu den Reichsgesetzen vom 14. Juli 1904 und 20. Mai 1898. Berlin 1905, Otto Liebmann. Geheftet Mk. 3.—, geb. Mk. 3.75. VIII u. 157 S.

Der Verfasser hat sich das Ziel gesteckt, einen Kommentar zu schaffen, „welcher der Praxis nur selten die gesuchte Auskunft versagt", und in der Tat ist der

Verfasser dem Ziel so nahe gekommen, als es bei der kurzen Zeit, während welcher die Gesetze verbindliche Kraft haben, menschlich möglich ist. Als Berichterstatter der Reichstagskommission für das Gesetz von 1904 ist er besonders legitimiert und befähigt, Erläuterungen zu den Entschädigungsgesetzen herauszugeben. Mit einer hervorragenden Gründlichkeit und Stoffbeherrschung hat sich Verfasser erfolgreich bemüht, nicht nur, wie er sich bescheiden ausdrückt, alle auftauchenden Rechtsfragen „offen zu legen", sondern sie unter sorgfältiger und dabei selbständiger Verwertung der sämtlichen Gesetzesmaterialien, die er da, wo es zweckmäßig erscheint, wörtlich wiedergibt, zu lösen. Nicht verlangt er vom Leser, daß dieser seine Ansicht deshalb akzeptiert, weil sie seine Ansicht ist, sondern er führt die Entstehungsgeschichte jeder einzelnen Gesetzesstelle in Verbindung mit den allgemeinen Rechtsregeln dem Leser so vor, daß dieser imstande ist, alle ausgesprochenen Rechtsansichten selbständig nachzuprüfen, und so mit Gewinn für die Praxis zu verwerten. Diese Methode bringt es mit sich, daß auch da, wo die Resultate der Untersuchung nicht zusagen, die Ausführungen des Verfassers im Hinblick auf das emsig zusammengetragene Material von Nutzen sind. So glaube ich bei der Lehre von der Realkonkurrenz gegenüber den Ansichten Burlages (S. 45—48) auf meiner in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1. Jahrgang S. 71 vertretenen Meinung beharren zu dürfen. Es handelt sich eben bei der Entscheidung des Reichsg. Bd. III S. 264 durchaus nicht bloß um die Begründung einer freien Auslegung des § 60 StGB., sondern um allgemeine Rechtssätze des Haftrechts überhaupt, die sowohl auf § 60 StGB. als auch auf das Gesetz vom 14. Juli 1904 zutreffen. Die Konsequenzen, die Burlage aus seiner abweichenden, hier sehr formalistischen Ansicht zieht (S. 47, 64), beweisen, daß die Prämissen unrichtig sein müssen. Er kommt zur Notwendigkeit einer Beschlußfassung da, wo gar keine Untersuchungshaft abgesessen wurde, und er will da, wo eine kurze Strafe als durch eine lange Untersuchungshaft verbüßt erklärt wird, den Richter zwingen, im Urteil genau auszusprechen, welcher Teil der Untersuchungshaft als verbraucht angesehen werden soll. Das alles ist im Gesetz ebenso wenig begründet, wie seine Ansicht über den Fall der Idealkonkurrenz (S. 43). Bekanntlich erfolgt keine Freisprechung, wenn 2 ideell konkurrierende Delikte im Eröffnungsbeschlusse angenommen wurden, der erkennende Richter aber nur das Vorliegen des einen Deliktes annimmt. Burlage meint nun, wenn der Haftbefehl nur mit dem schwereren Delikt begründet ist und lediglich eine Verurteilung wegen des leichteren Delikts erfolgt (er zieht selbstverständlich Mord und Uebertretung als Beispiel heran), so müßte eine Entschädigung erfolgen. Das ist denn doch mit dem klaren Wortlaut in § 1 unverträglich, weil überhaupt keine Freisprechung erfolgt. Auch hier begründet Burlage seine Ansichten mit so interessantem Detail, daß man auch die Begründung mit Genuß und Nutzen — für andere Rechtsfragen — lesen kann. Aeußerst sympathisch berührt mich die Ausführung über den Umfang der Entschädigung, die er an die prägnante Formel anknüpft: „Wie ständen die Vermögensverhältnisse des Verhafteten jetzt, wenn er nicht verhaftet worden wäre?" (S. 67, vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. I 72), endlich über den Umfang der Beweisaufnahme (S. 83), wo er sich den Motiven anschließt. Das Gesetz vom 20. Mai 1898 wird an 2. Stelle kommentiert, weil durch die Anmerkungen zum Gesetz von 1904 der wesentliche Teil der Vorschriften des Gesetzes von 1898 miterläutert ist. Außer den umfangreichen Erläuterungen zu den beiden Gesetzen enthält das Buch einen geschichtlichen Abriß der Reichstagsverhandlungen über die Entschädigungsfrage, eine Abhandlung über Grundzüge des Inhalts der Entschädigungsgesetze und im Anhang u. a. 2 preußische Ministerialausführungsanweisungen. Ein Quellenregister und ein gutes Sachregister erhöhen die Brauchbarkeit des empfehlenswerten Werkes. Staatsanwalt Dr. Haberstumpf.

Binding, Dr. Karl, ordentl. Prof. der Rechte in Leipzig. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Leipzig. Verlag von Wilhelm Engelmann. Bd. 1 (2. Aufl.) 1902. XVI. 545 S. Preis geb. Mk. 11.—. Bd. 2, 1. Abt. (2. Aufl.) 1904. VII, 362 S. Preis geb. Mk. 8.—. Bd. 2, 2. Abt. (Schluß) 1905. XII S. u. S. 363—1005, Preis geb. Mk. 14.—.

Wie kein anderer hat Binding den speziellen Teil des Strafrechts durchforscht und dogmatisch verarbeitet. Seine beispiellose Beherrschung der Literatur, deren Kenntnis er dem Leser am Eingang jedes Paragraphen übermittelt, sein hervorragender Scharfsinn und seine eminente dogmatische Begabung, vereint mit bewundernswerter Schaffenskraft, haben der Juristenwelt ein Werk beschert, das eine unerschöpfliche Fundgrube für Theorie und Praxis bilden wird und der Nachwelt ein glänzendes Denkmal deutscher Gelehrtenarbeit überliefert. Binding gehört nicht zu denen, welche der Judikatur nachhinken; er will ihr in vielen Fällen voraus und ebnet ihr den Weg. Die systematischen und historischen Zusammenhänge der Gesetze sind ihm aufs genaueste bekannt. So beachtet er vieles, woran andere achtlos vorübergehen, und hierbei wird er durch seine reiche Phantasie aufs beste unterstützt. Naturgemäß kann ein Forscher, dem alle logischen Folgen so klar liegen, nicht in allen Fällen sich an die Ergebnisse der Judikatur anklammern. Der rechtsprechende für den Einzelfall arbeitende Richter ist nicht in der Lage, sich einen gleichen Ueberblick über das Ganze zu bewahren. Uebrigens wäre Binding auch der letzte, welcher etwa seine eigene Unfehlbarkeit behaupten wollte. Daher kann es wohl kommen, daß in diesem oder jenem Punkt mancher Bedenken tragen wird, sich dem kühnen Gedankenflug des Verfassers anzuschließen. Die praktische Brauchbarkeit des Werkes, welche an dieser Stelle besonders hervorgehoben zu werden verdient, leidet dadurch nicht im geringsten. Die vorkommenden Abweichungen, Entscheidungen oder anderwärts vertretenen Ansichten wurden immer deutlich hervorgehoben unter meisterhafter Feststellung des Sach- und Streitstandes. Ein ganz vorzügliches Sach- und Quellenregister ermöglicht dem Praktiker die Benützung des Werkes gleich einem großen Kommentar. Wer etwa glaubt, die Jurisprudenz könne nur entweder trocken und langweilig sein oder sie höre auf, eine echte Erörterung von Rechtseinrichtungen zu bilden, der kann sich am vorliegenden Werke vom Gegenteil überzeugen. Bei strenger Sachlichkeit erhebt sich Bindings Diktion an vielen Stellen zu geradezu packender Größe und Schönheit. Als Beispiele wären etwa zu erwähnen die Ausführungen über das Duell Bd. 1, 66 f., über den Begriff der Ehre Bd. 1, 139 f. über den Meineid Bd. 2, 128 f., über das Disziplinarunrecht Bd. 2, 396 f. und über den Begriff des Bettels Bd. 2, 912 f. Das nunmehr vollendet vorliegende Lehrbuch bildet den vollwertigen Ersatz für den besonderen Teil eines Strafrechtshandbuchs. Binding hat bekanntlich auch ein solches in Angriff genommen, hiervon aber bisher nur einen Band (1885) veröffentlicht, der sich auf einen Teil der allgemeinen Lehren beschränkt. Mögen wir durch eine Fortsetzung dieses anderen Werkes in Bälde eine ähnliche Erweiterung und Vertiefung unseres Wissens erlangen, wie durch das gegenwärtig abgeschlossene Meisterwerk. Privatdozent Dr. Köbler.

Seligsohn, Dr. Arnold, Justizrat, Rechtsanwalt und Notar in Berlin. Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, erläutert., 2. Auflage,

bearbeitet in Gemeinschaft mit Martin Seligsohn, Rechtsanwalt in Berlin. Berlin 1905, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. brosch. Mk. 7.—.

Die frühzeitig im Handelsverkehr zutage getretene Bedeutung des Warenzeichens erheischte auch in der Reichsgesetzgebung einen möglichst wirksamen Schutz. Nachdem sich der erste Versuch zu seiner gesetzlichen Regelung, das Markenschutzgesetz, als unzulänglich erwiesen hatte, ging man im Warenzeichengesetz daran, eine ersprießlichere Lösung des Problems in enger Anpassung an die gewerblichen Urhebergesetze zu schaffen. Schon in seinem Geburtsjahre 1894 erstand dem Warenzeichengesetz ein treuer Begleiter für die Praxis in dem Kommentar von Justizrat Dr. Seligsohn. In bedeutend vermehrtem Umfang liegt nun die 2. Auflage vor. Ihre sorgfältige Bearbeitung zeigt offensichtlich das Bestreben, nach wie vor dem, der von dem Gesetze betroffen wird, und dem, der es anzuwenden hat, einen zuverlässigen Ratgeber an die Hand zu geben. Es kann dem Buche die Anerkennung nicht versagt werden, daß es diesem Ziele insbesondere durch erschöpfende Heranziehung der Literatur und Rechtsprechung trefflich gerecht wird. Die vertretenen Anschauungen stützen sich fast durchgehends auf Erkenntnisse des Patentamts und unserer höchsten Gerichte. Wo das nicht der Fall ist, kann man wohl der vorgetragenen Ansicht nicht immer beipflichten. So würde z. B. doch eine nicht unbedenkliche Bresche in die Grundsätze über den Schutz wohlerworbener Rechte gelegt, wenn die bis jetzt allerdings in diesem Punkte nicht einheitliche Praxis der Gerichte und des Patentamts endgültig mit Seligsohn — S. 73 — die Möglichkeit einer böswilligen Schaffung von Freizeichen zum Schaden eines Zeicheninhabers annehmen wollte. Im allgemeinen aber beweisen die vertretenen Meinungen überall die kundige Hand eines mit den Bedürfnissen der Praxis wohl vertrauten Kommentators. Der in der 1. Auflage im strengen Anschluß an den Wortlaut des § 5 Abs. I Satz 2 eingenommene Standpunkt, daß ein angemeldetes Warenzeichen unter allen Umständen vom Patentamt eingetragen werden muß, wenn von keiner Seite Widerspruch erhoben wurde, ist in der richtigen Erkenntnis aufgegeben, daß aus einem solchen Verfahren nur unnötige Weitläufigkeiten entstehen würden (S. 105). Die Darstellung zeichnet sich durch übersichtliche Anordnung aus. Freilich wäre an einigen Stellen eine etwas knappere, aber präzise Ausdrucksweise der Deutlichkeit nur zu statten gekommen. So z. B. dürfte in Bemerkung 9 zu § 14 gelegentlich der Besprechung der wichtigen Kontroverse, inwieweit ein Irrtum bei Verletzung eines fremden Zeichenrechts vor strafrechtlichen Folgen schützt, eine schärfere Herausstellung des Unterschiedes zwischen Strafrecht und Zivilrechts-Irrtum zum besseren Verständnis wesentlich beigetragen haben. Die Anfügung der internationalen Vereinbarungen des Deutschen Reiches zum Schutze des Warenzeichens, insbesondere der eingehend erläuterten Pariser Uebereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 nebst der Brüsseler Zusatzakte vom 14. Dezember 1900, sowie ein genaues Sachregister erhöhen die Vorzüge des empfehlenswerten Kommentars. L

Binding, Dr. Karl, Universitätsprofessor in Leipzig. Deutsche Staatsgrundgesetze. Heft VIII. Die Verfassung des Großherzogtums Baden. 2. Aufl., Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1905. Kart. Mk. 2.

Bindings Deutsche Staatsgrundgesetze wurden in dieser Zeitschrift schon einmal besprochen. (Vgl. Jahrg. 1905 S. 112). Das vorliegende Heft gibt einen Ueberblick über die badische Verfassungsgeschichte durch Abdruck der Verfassungsurkunde vom 29. August 1818, wobei zu den einzelnen Paragraphen die späteren Aenderungen eingefügt sind. Als Anlagen sind zahlreiche weitere Gesetze und Verordnungen beigegeben.

von der Pfordten.

Theodor von der Pfordten, II. Staatsanwalt im k. b. Staatsministerium der Justiz. Die bayerischen Ausführungsvorschriften zum Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 14. März 1897, unter Mitwirkung von Otto Klimmer, III. Staatsanwalt in Traunstein, bearbeitet. München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. brosch. Mk. 2.40, geb. Mk. 3.20.

Das Buch bildet einen Anhangband zu von der Pfordtens Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz und enthält die auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bezüglichen Bestimmungen des bay. AG. z. GBO. u. z. ZVG. v. 9. Juni 1899, der Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins, des bay. Gebührengesetzes, der bay. Notariatsgebührenordnung, der bay. Gebührenordnung f. Rechtsanwälte und die Bek. des bay. Justizministeriums über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen v. 31. März 1905. Beigegeben ist ein Anhangband und Kommentar umfassendes Sachregister. Die Arbeit weist dieselben Vorzüge wie des Verfassers Kommentar z. ZVG. auf; sie ist gründlich, klar und bietet den bayerischen Juristen ein dankenswertes Hilfsmittel zur Anwendung der in Frage stehenden Vorschriften.

Dr. Kreß.

Horrwitz, Hugo, Rechtsanwalt, Syndikus des Kaufmännischen Hilfsvereins zu Berlin. Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge dargestellt für Juristen und Kaufleute. 2. Auflage. Berlin 1905, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, geb. 3 Mk.

Seit der Einführung der Kaufmannsgerichte sind zusammenfassende Darstellungen des Rechtes der kaufmännischen Angestellten besonders wichtig, nicht nur für die den Berufskreisen entnommenen Beisitzer, sondern auch für die rechtskundigen Vorsitzenden, die nicht durch den Richterberuf hindurchgegangen sind und denen daher die Einzelheiten des Bürgerlichen und Handelsrechts nicht mehr ganz geläufig sind. Dem Werke von Horrwitz ist es gelungen, für beide Klassen Befriedigendes zu schaffen; er hat seine Ausführungen immer einfach und verständlich gehalten und dennoch erheben sie sich weit über das Niveau dessen, was für gewöhnlich unter der Flagge des „Gemeinfaßlichen" fährt. Insbesondere ist die Rechtsprechung eingehend und mit selbständigem Urteil verwertet.

von der Pfordten.

Notiz.

Aerztliche Bezirksvereine. Den zurzeit bestehenden ärztlichen Bezirksvereinen (§§ 11—15 der VO. vom 9. Juli 1895, GVBl. S. 311) ist die Rechtsfähigkeit als Vereinen des öffentlichen Rechts verliehen worden (Bek. v. 10. Dez. 1905, GVBl. S. 693). § 14 der VO. v. 9. Juli 1895 wird durch die Vorschrift geändert und ergänzt, daß Aenderungen der Satzungen der Genehmigung des K. Staatsministeriums des Innern bedürfen.

Die ärztlichen Bezirksvereine sind sonach nunmehr „juristische Personen des öffentlichen Rechts" und unterstehen den für diese geltenden Vorschriften (vgl. insbes. § 89 BGB.).

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

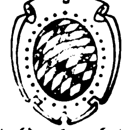
Nr. 2. München, den 15. Januar 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf nichtrechtsfähige Vereine des älteren Rechts.

Von **Dr. Rudolf Leonhard**, Univ.-Prof. in Breslau.

Der nachfolgende Aufsatz lehnt sich an eine Entscheidung des Reichsgerichts an, die zunächst für Bayern wenig Interesse zu bieten scheint, weil sie das Gebiet des preußischen Landrechtes betrifft (Bd. 51 S. 161). Es werden aber zu ihrer Begründung wichtige Sätze eines allgemeinen Rechtszweiges berührt, der Lehre von der Nachwirkung aufgehobener Gesetze und diese sind darum für ganz Deutschland von besonderer Bedeutung, weil die Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes im wesentlichen kasuistisch sind, auch erhebliche Lücken unausgefüllt lassen und es sehr darauf ankommt, auf welchen Rechtsanschauungen man ihren Inhalt aufbaut und zu einem Ganzen zusammenfügt.

Es handelt sich um Art. 163 des EG. Es werden daselbst die wichtigsten Bestimmungen des neueren Vereinsrechtes auf solche juristische Personen angewandt, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestanden.

Dem Reichsgerichte lag die Frage vor, ob ähnliches nach Analogie auch bei den nichtrechtsfähigen Vereinen anzunehmen sei oder ob man hier vielmehr durch argumentum e contrario das Gegenteil anzunehmen habe. Analogie und argumentum e contrario sind bekanntlich wissenschaftliche Hilfsmittel, die sich gegenseitig ausschließen, von denen somit immer bei jeder Bestimmung nur das eine gelten kann (vgl. meinen allgemeinen Teil des BGB., Berlin 1900, Guttentag, S. 53). Welches von den beiden Hilfsmitteln aber anzuwenden sein wird, werden wir immer nur durch Auslegung der Bestimmung feststellen können, um die es sich gerade handelt. Ist sie eine Ausnahmeregel, so ist die Analogie verboten, im anderen Falle ist das argumentum e contrario ausgeschlossen.

Es war daher zu untersuchen, ob die Anwendung des neuen Rechts auf bestehende juristische Personen nach dem Gesamteindrucke des Einführungsgesetzes den Charakter einer Ausnahmebestimmung trägt. Würde dies bejaht, so mußte das argumentum e contrario Platz greifen und man durfte nicht annehmen, daß das neue Recht auch die älteren nichtrechtsfähigen Vereine erfasse.

Das Reichsgericht hat dies auch nicht angenommen und sich dabei auf eine Reihe von Autoritäten gestützt, die sein eigenes Ansehen noch weiter zu verstärken geeignet sind.

Es mag daher vermessen erscheinen, hierüber meine andere Ansicht auszusprechen. Allein ein gewichtiger Umstand muß diesen Eindruck abschwächen. Das Reichsgericht läßt es nämlich a. a. O. dahin gestellt, ob der bekannte § 54 BGB. über die Rechtsgeschäfte, die im Namen nichtrechtsfähiger Vereine abgeschlossen werden, auf derartige Gebilde des älteren Rechts vielleicht dennoch Anwendung finden könne, und bezeichnet dies als streitig.

Es hat hiermit die verworfene Analogie doch nicht in aller und jeder Hinsicht ablehnen wollen. Daraus geht hervor, daß es sich bei der Abweisung dieser Analogie nicht ganz sicher fühlte.

Dazu kommt noch eine andere Erwägung, die zu einer Nachprüfung der entschiedenen Fragen ermutigt. Das Reichsgericht griff a. a. O. auf ältere Vorschriften des preußischen Landrechts zurück, welche die Ausschließungsrechte eines Vereins gegenüber seinen Mitgliedern regelten.

Es handelte sich um eine Schützengilde, also um eine Vereinigung, der nach menschlicher Voraussicht eine sehr lange, vielleicht unabsehbare Lebensdauer zugesprochen werden kann. Aus der getroffenen Entscheidung folgt daher, daß man auch noch nach sehr langer Zeit, vielleicht sogar nach einigen hundert Jahren bei ähnlichen Fragen immer noch auf das preußische Recht würde zurückgreifen müssen. Schon diese unabweisliche Folge macht bedenklich. Der Rückgriff auf das alte Gesetzbuch, das jetzt noch in aller Erinnerung lebt, ist allerdings mit geringen Schwierigkeiten verknüpft und liegt deshalb vielleicht nahe. Man kann aber wohl kaum annehmen, daß ein gleiches

Verfahren auch für alle Zukunft dem Sinne der durchgreifenden Kodifikation unseres bürgerlichen Rechts entsprechen würde.

Allerdings deckt sich diese Annahme mit den zur Zeit herrschenden Anschauungen über Nachwirkung der aufgehobenen Gesetze. Das Prinzip der Nichtrückwirkung, wie man gewöhnlich sagt, wird neuerdings im Gegensatze zu der bekannten abweichenden Ansicht Savignys (System des heutigen röm. Rechts Bd. VIII S. 368 ff.) in einem sehr weiten Sinne aufgefaßt, in dem auch das Reichsgericht sich der herrschenden Lehre anschließt. Man unterscheidet nicht mehr mit Savigny Erwerb und Dasein der Rechte, sondern will das Verbot der Rückwirkung oder genauer den Grundsatz, daß im Zweifel eine Rückwirkung nicht als beabsichtigt gelten kann, auch auf das Dasein und den Inhalt der Rechtsverhältnisse angewendet wissen. Man unterscheidet auch nicht mehr die Tatsachen, an welche sich Rechtsfolgen anknüpfen, von dem Inhalte dieser Rechtsfolgen, sondern nimmt an, daß im Zweifel das neue Recht dem alten nach beiden Richtungen freie Bahn lasse, nämlich nicht bloß für die Folgen der älteren Tatsachen, sondern auch für die Fortdauer des gleichen Inhaltes dieser Folgen unter der Herrschaft des neuen Rechtes. Wenn man hieran festhält, so erscheint in der Tat jede Vorschrift, die gleich dem Art. 163 des EG. auf ältere Rechtsverhältnisse neue Vorschriften einwirken läßt, als eine Ausnahmeregel. Damit ist die Begrenzung ihres Gebietes durch argumentum e contrario allerdings geboten.

Es läßt sich nun nicht leugnen, daß in der Verwerfung der Savigny'schen Unterscheidung und aller ähnlichen Unterschiede ein wahrer Kern liegt. Der Zweck des Rechts ist offenbar auch hier der Schöpfer des Rechts, also Ursprung der Regel, daß Rückwirkungen im Zweifel nicht gewollt seien. Es handelt sich darum, solche Enttäuschungen wohl berechtigter Erwartungen abzuwehren, die würden eintreten müssen, wenn ein Gesetz von seiner Aufhebung ab als gar nicht mehr vorhanden angesehen werden könnte. Enttäuscht ist man aber nicht bloß, wenn ein neues Gesetz an frühere Ereignisse unerwartete Folgen anknüpft, die man nicht voraussehen konnte, als die Ereignisse eintraten, sondern man ist es auch dann, wenn man in dem Genusse eines dauernden wohl erworbenen Rechtes plötzlich dadurch gestört wird, daß der Gesetzgeber sich veranlaßt sieht, dieses Recht entweder gar nicht mehr anzuerkennen oder ihm einen minder vollen Inhalt zu verleihen. Der Berechtigte hat hier einen wohl verständlichen Wunsch, daß alles beim alten bleiben möge, und man wird begreifen, daß der Gesetzgeber im Zweifel das Bedürfnis hat, diesem Wunsche zu genügen, wenn nicht erhebliche andere Gründe dem ersichtlicher Weise entgegenstehen.

Das ist aber eben die Frage, ob nicht diese erheblichen Gründe gegen das unberührte Fortbestehen wohlerworbener Rechte sich in eine allgemeine Formel bringen lassen, die den Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts oder, was dasselbe ist, der Nachwirkung des alten von vornherein in einem bestimmten Sinne beschränkt.

Es handelt sich hier um die Bedürfnisse der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit, die man als die eigentlichen Ursprungsquellen aller modernen Kodifikationen ansehen kann, vor allem aber der Kodifikation des BGB., die ja überhaupt weit mehr eine Unifikation verschiedener Codices war als eine grundsätzliche Neuschöpfung. Das treibende Motiv ihrer Entstehung war ein Hinstreben zu einer inneren Einheit des deutschen Rechtslebens und in allen Punkten, in denen dieses Streben nicht erreicht werden konnte, werden wir Ausnahmevorschriften zu sehen haben, namentlich in den bekannten Art. 56 ff. des Einführungsgesetzes.

Nun ist begreiflich, daß eine volle Durchführung der herrschenden Lehre, die alle wohlerworbenen Rechte unangetastet lassen will, überall da unerträglich sein würde, wo es sich um Rechtsverhältnisse von unabsehbarer Dauer handelt. Hätte man sie auch hier annehmen wollen, so würde auch auf den Gebieten, in denen das neue Gesetzbuch eine Einheit geschaffen hat, in alle Ewigkeit die frühere Rechtszersplitterung andauern. Daß das Einführungsgesetz diesem Gedanken mehrfach Rechnung getragen hat, ist bekannt. Einzelne Vorschriften unter den Uebergangsbestimmungen beruhen ohne Zweifel darauf. (Vgl. z. B. Art. 163, 171, 173, 174, 180, 181 u. a.) Leider ist nur von der Unzuträglichkeit, die eine ewige Fortdauer des früheren Rechts über den Inhalt des Eigentums, des Besitzes u. dgl. haben würde, nur in den Motiven die Rede. Im Text findet sich ein allgemeiner Satz, der für Rechtsverhältnisse von unabsehbarer Dauer die sofortige Einwirkung des neuen Rechts grundsätzlich anordnet, leider nicht. Allein der Text hat überhaupt vermieden, allgemeine Regeln für die Uebergangsbestimmungen aufzustellen, und es uns frei gelassen, solche aus dem Gesamteindrucke der vielen Einzelheiten zu konstruieren. Es mag hierzu bemerkt werden, daß es sich in den Fällen, in denen die Nachwirkung des alten Rechts als Regel beibehalten wird, auch im wesentlichen um solche Verhältnisse handelt, die grundsätzlich vorübergehender Natur sind. Und wenn auch sogar bei diesen Verhältnissen hier und da das neue Recht sofort Platz greifen soll, vgl. z. B. Art. 208, 209, 210, so kann man darin Ausnahmen sehen, in denen das BGB. dem Grundsatze der Rechtseinigung den minder wichtigen Grundsatz der Nichtrückwirkung zum Opfer bringt.

Betrachtet man in diesem Lichte den Art. 163, so kann seine Vorschrift nicht mehr als eine reine Ausnahmeregel erscheinen, sondern als der Ausdruck eines auch sonst erkennbar gemachten allgemeinen Gedankens. Ein neues Gesetz will im

Zweifel auf alle Rechtsverhältnisse von unabsehbarer Dauer sofort einwirken.

Wenn man dem beitritt, so erscheint Art. 163 nicht mehr als Grundlage eines argumentum e contrario, sondern vielmehr als Ausgangspunkt für eine Analogie, die sich auf den Boden des allgemeinen Gedankens stellt, der in diesem Art. 163 einen Ausdruck gefunden hat. (D. 1, 3 de legibus fr. 13).

Das soeben gefundene Ergebnis läßt sich auch auf die Fälle anwenden, in denen ein Rechtsinstitut nicht nur in seinem Inhalte verändert, sondern seiner ganzen Art nach von der Gesetzgebung preisgegeben worden ist. Man wird hierbei wohl zu unterscheiden haben, aus welchen Gründen diese Preisgabe geschehen ist. Wird das abgeschaffte Rechtsinstitut darum verworfen, weil die Gesetzgebung es grundsätzlich mißbilligt, wie einstmals die Gutsuntertänigkeit und alle Unfreiheitsformen, so kann von wohl erworbenen Rechten, die dem neuen Gesetze standhalten, nicht die Rede sein. Wir finden dann gewissermassen ein Seitenstück des Art. 30 EG. Wie dort die Anwendung eines ausländischen Gesetzes auszuschalten ist, wenn sie gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde, so muß etwas ähnliches von der Anwendung aufgehobener Gesetze gelten, die sich nach neuerer Auffassung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines späteren Rechtes auflehnen. Nicht immer sind aber die Gründe, die ein bestehendes Institut beseitigen, so durchgreifend und schwerwiegend. Oft ist es nur eine Zweckmäßigkeitsfrage, ob man ein bestehendes Institut aufheben will oder nicht, und die Fortdauer eines solchen Rechtsgebildes erscheint als Ausnahme erträglich, wenn auch das neue Recht seine Begründung in Zukunft unmöglich macht. Dahin würde z. B. das Gebrauchsrecht (usus) an beweglichen Sachen gehören, welches bekanntlich in das BGB. nicht mitaufgenommen worden ist. Auch hier wird man die Fortdauer eines derartigen Rechtes, das schon vor dem 1. Januar 1900 bestanden hat, zulassen dürfen, obwohl es in die geschlossene Zahl der Sachenrechte des BGB. nicht hineinpaßt, und zwar aus zwei Gründen: einmal, weil diese Rechtsform auch heutzutage nicht geradezu als verwerflich erscheint und zweitens, weil sie als persönliche Dienstbarkeit an das Leben des Berechtigten geknüpft und deshalb einem sicher vorhersehbaren Untergange geweiht ist. Anders würde dieselbe Frage bei einer Grunddienstbarkeit zu beantworten sein, die etwa nach dem älteren Landesrechte zulässig war, aber den Vorschriften des BGB. nicht mehr entspricht (z. B. wegen § 1019). Hier würden wir ein Recht von unabsehbarer Dauer vor uns haben, das nach dem oben gefundenen Gesichtspunkte nicht in aller Ewigkeit würde fortdauern können, ohne die Rechtseinheit zu gefährden, die vom BGB. angestrebt wird.

Noch zweifelhafter ist die Frage, wie es etwa mit dem Mietrechte zu halten sein würde, das nach dem älteren Partikularrechte, z. B. dem preußischen Rechte, zu den dinglichen Rechten zählte, während es jetzt aus ihrem Kreise ausgeschlossen ist, mag es auch immerhin gewisse „dingliche Rechtselemente" enthalten. (Vgl. hierzu das Dekanatsprogramm von Mitteis, zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht, Leipzig 1905). Art. 171 schlägt hier bekanntlich einen eigenartigen Mittelweg ein. Ohne diese besondere Vorschrift würde man das bisher bestehende dingliche Mietsrecht, auf das sich Art. 170 natürlich nicht bezieht, soweit seine Dinglichkeit in Frage kommt, deshalb fortdauern lassen können, weil auch dieses Recht nicht für die Ewigkeit bestimmt ist und seine Fortdauer unter der Herrschaft des neueren Rechtes deshalb als erträglich gelten muß. Auch das bekannte Unwandelbarkeitsprinzip beim ehelichen Güterrecht (Art. 200) hängt damit zusammen, daß die Ehe infolge der Sterblichkeit der Gatten zu den Rechtsverhältnissen gehört, deren Fortfall in sicherer Aussicht steht. Wenn die Landesgesetzgebung dieses Prinzip vielfach durchbrochen hat, so ist dies wohl deshalb geschehen, weil auf dem Familienrechtsgebiet ein Mischmasch verschiedener Rechtsordnungen schwerer erträglich ist, als auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Daher denn auch Art. 203 und 210 die väterliche Gewalt und die Vormundschaft sogleich dem neuen Rechte unterstellen, obwohl es sich auch hier um Rechtsverhältnisse handelt, deren Fortfallen in sicherer Aussicht steht.

Es bleibt nun noch zu erörtern, ob nicht die Vereine ohne Rechtsfähigkeit in ihrer innersten Natur sich von den rechtsfähigen Vereinen so sehr unterscheiden, daß man sie nicht zum Zielpunkte einer Analogie zu machen berechtigt ist.

Dabei kann leider der alte Streit um das Wesen der juristischen Personen nicht unberührt bleiben, der erst vor kurzem wieder in eindringender und übersichtlicher Weise dargestellt worden ist (F. H. Behrend, Die Stiftungen, I. Marburg 1905).

Wollte man die Fiktionstheorie noch immer in dem alten Sinne aufrecht erhalten, nach dem eine juristische Person erst durch die Vorschrift des Staates ein Dasein erlangt, so würde zwischen dem anerkannten Vereine und den sogenannten Vereinen ohne Rechtsfähigkeit eine unüberbrückbare Kluft gähnen, die breite Kluft, die zwischen dem Nichtexistierenden und dem Existierenden liegt.

In dieser Hinsicht dürfte es aber der germanistischen Doktrin gelungen sein, ebenso die Fiktionslehre beseitigt zu haben, wie die Lehre vom Zweckvermögen, die von einer Existenz juristischer Personen überhaupt nichts wissen will,

aber m. E. deshalb keinen so großen Unterschied zwischen anerkannten und nicht anerkannten Vereinen annimmt, daß die Analogie hier ausgeschlossen sein müßte.

Ohne der Behauptung eines wahren Willens der juristischen Person irgend welche Zugeständnisse machen zu wollen, die sie m. E. nicht verdient, muß doch zugegeben werden, daß die juristischen Personen Realitäten sind und zwar Realitäten von derselben Art, wie die nicht anerkannten Vereine oder Stiftungen. Sind sie auch nicht Willensträger, so sind sie doch die Träger einer gesetzmäßigen Kraftentfaltung, die mit der Willenstätigkeit eines lebendigen Menschen eine gewisse Aehnlichkeit aufweist. Die Grundlage einer solchen Kraftentfaltung liegt aber überall da vor, wo eine durch die Tatsachen gesicherte Zweckverwaltung vorhanden ist, d. h. eine tatsächliche Geneigtheit der Zweckverwalter zu einer solchen Tätigkeit und daneben als zweites Moment äußere Umstände, die für das Funktionieren der Zweckverwaltung tatsächlich Gewähr leisten. Einen derartigen Tatbestand haben wir vor Augen, wenn wir von einer „Organisation" reden. Er ist die Grundlage, die der Staat vorfindet und nicht schafft, wenn er die juristische Persönlichkeit verleiht (vgl. auch Landsberg, das Recht des BGB. Berlin 1904 Bd. I § 28 S. 106 ff.).

Ein solcher Sachverhalt, der sich aus psychologischen und äußeren Realitäten zusammensetzt, ist zunächst unabhängig von der Anerkennung des Rechts. Ein derartiger Träger einer Kraftentfaltung kann künstlich gebildet werden ohne jede Zustimmung der Staatslenker, ja sogar im Widerspruche mit ihrem Willen, wie z. B. eine Räuberbande. Wo eine solche Organisation sich als lebensfähig erweist und tatsächlich nach festen Grundsätzen Vermögensstücke beherrscht und verwaltet, da kann man von einer bloß wirtschaftlichen Person reden, die sich dann durch die Anerkennung des Staates in eine juristische verwandelt, gerade wie der Mensch nur dadurch Rechtssubjekt wird, daß der Staat ihn als solches anerkennt, was freilich bei uns selbstverständlich ist, aber keineswegs immer und überall selbstverständlich war und ist.

Von den nichtrechtsfähigen Vereinen kann man nun nicht einmal sagen, daß sie gleich den Räuberbanden rein wirtschaftliche Personen ohne Rechtsschutz ihres Daseins sind. Sie haben vielmehr nicht nur im preußischen Landrechte einen unvollkommenen Rechtsschutz erhalten, sondern auch im BGB. in dem § 54, von dem bereits die Rede war. Man kann daher sagen, daß sie sich zwischen die rechtlich anerkannten Vereine und die auf rein tatsächlicher Macht beruhenden rechtlich ganz und gar nicht anerkannten Verbände, wie z. B. die Räuberbanden, als eine juristische Zwischenbildung einschieben. Es erinnert dies etwa an die Naturalobligation, die inzwischen den vollkommen anerkannten Schuldverhältnissen und den vom Rechte ganz und gar nicht anerkannten Pflichten der Moral oder der Religion oder des Anstandes in der Mitte stehen, als Schuldverhältnisse, denen der Staat einen wenigstens unvollkommenen Schutz gewährt. Früher sah man das bekanntlich nicht ein und stellte sie mit den rechtlich gar nicht anerkannten und des Rechtsschutzes gar nicht fähigen Pflichten (z. B. der Pflicht der Menschenliebe) auf eine Stufe. Erst später begriff man, daß sie in juristischer Hinsicht doch mehr sind, als diese (vgl. Klingmüller, die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. Berlin 1905). Gerade so verhält es sich hier. Man glaubt vielfach neben den anerkannten Vereinen eine einfache Kategorie aller solcher Verbindungen zu sehen, die nicht rechtsfähig sind, und beachtet nicht, daß auch dieses große Gebiet sich in zwei Gruppen sondert, nämlich: die Verbände, welche dem Rechte ganz und gar fremd sind, namentlich alle solchen, welche vom Rechte verboten und aufgelöst sind, und sich trotzdem halten, indem sie tatsächlich weiter wirtschaften, und daneben in die zweite Gruppe von Verbänden, welche wenigstens eine unvollkommene mittelbare Anerkennung durch das Gesetz gefunden haben. Diese Unterscheidung ist keineswegs eine bloß theoretische; es wäre sehr wohl denkbar, daß Mitglieder einer Räuberbande für diese in deren Namen ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen haben (§ 54). Es wäre sogar möglich, daß ein solcher Dritter auf den Gedanken käme, nach § 50 Abs. 2 der ZPO. eine derartige verbotene Gesellschaft, die tatsächlich über eine wohlgefüllte Kasse gebietet, zu verklagen.

Ich habe aber nicht das geringste Bedenken, in diesem Falle ein Gebilde anzunehmen, das nicht einmal zu den nichtrechtsfähigen Vereinen gehört, sondern für das Recht überhaupt gar nicht existiert.

Man könnte hiergegen vielleicht einwenden, daß die Sonderstellung der nicht rechtsfähigen Vereine, wie sie im BGB. § 54 und ZPO. §§ 50 und 735 gewährt ist, weniger einen, wenn auch nur unvollkommenen Schutz dieser Rechtsgebilde in sich schließe, als vielmehr ein privilegium odiosum, mit a. W. eine bloße Benachteiligung; denn nach allgemeinen Grundsätzen müßten die Geschäfte, die im Namen einer gar nicht existierenden Person abgeschlossen werden, null und nichtig sein. Wenn daher trotzdem aus solchen Geschäften gehaftet werde, so könnte man darin vielleicht lediglich eine Benachteiligung der Personen, die sie abgeschlossen haben, sehen wollen ebenso darin, daß man einen nichtrechtsfähigen Verein, der doch gar kein Vermögen habe, trotzdem verklagen und schließlich sogar auspfänden lassen kann, eine Benachteiligung der Eigentümer der Vermögensstücke, die als Vereinsvermögen behandelt werden, obwohl ein derartiges Vermögen, streng genommen, gar nicht existiert. Allein in

dieser Benachteiligung einzelner liegt eine Begünstigung der für die Vereinsverwaltung bestimmten Organisation, die oben als wirtschaftliche Person bezeichnet wurde, und durch diese Vorschriften vom Rechte in der Tat eine unvollkommene mittelbare Anerkennung erlangt. Es ergibt sich dies daraus, daß die genannten Vorschriften den Kredit dieser nichtrechtsfähigen Vereine zu verstärken geeignet sind und ihre Fähigkeit, im Wirtschaftsleben neben den Menschen und den vollanerkannten juristischen Personen ein beachtenswertes Dasein zu führen, erhöhen. Unmöglich kann nun ein solcher Vorteil derartigen Verbindungen gewährt werden, die, wie Räubergesellschaften oder Falschmünzerbanden, vom Rechte geradezu verboten sind. Es folgt dies schon daraus, daß die Gründung eines solchen Verbandes nach § 134 nichtig ist und daß man daher, wenn man nach § 54 die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag hier anwenden wollte, auf ein nichtiges Geschäft dieser Art stoßen und ihm alle Rechtsfolgen versagen müßte. Hierdurch bestätigt sich, daß die Verbände im weitesten Sinne des Wortes in drei Gruppen verteilt werden müssen: die vollkommen anerkannten, die unvollkommenerweise anerkannten und die ganz und gar nicht anerkannten (verbotenen) Verbände.

Die unvollkommen anerkannten rechtsfähigen Vereine können aber nach dem Inhalte der Gesetzgebung in sehr verschiedener Weise geschützt werden, wie ja auch z. B. das Eigentum in sehr verschiedenem Grade sich eines Rechtsschutzes erfreut. Ich erinnere nur an die bekannten Sätze „ubi meam rem invenio, ibi vindico" und „Hand muß Hand wahren". Wie nun das Eigentum sich nur in seinem Inhalte ändert, falls ein derartiger Rechtssatz eine Abänderung erleidet, so ändern sich auch die unvollkommen anerkannten nichtrechtsfähigen Vereine nur hinsichtlich des Inhaltes des ihnen gewährten Rechtsschutzes, falls dieser umgestaltet wird. So sind daher die erlaubten Privatvereine des preußischen Rechts nicht eigentlich als solche dem BGB. fremd, sondern haben nur ihren Namen geändert, indem sie nach § 54 „nichtrechtsfähige Vereine" zu nennen sind. Da sie nun aber in ihrem inneren Wesen als wirtschaftliche Personen, denen das Recht eine gewisse Anerkennung widmet, den rechtsfähigen Vereinen rechtsähnlich sind, so müssen sie ebenso wie diese vom 1. Januar 1900 ab unter dem neuen Rechte des BGB. stehen.

Das soeben Gesagte läßt sich auch bei der Frage verwerten, ob der Staat bei Vernichtung eines Vereins zwei verschiedene Formen kenne oder nur eine. (Vgl. meinen allgemeinen Teil S. 137 u. 138.) Es hat nämlich der Reichstag neben der Vereinsauflösung die Entziehung der Rechtsfähigkeit besonders erwähnt und es ist fraglich, ob sich nicht trotzdem beides deckt. Auf den Wortlaut der §§ 45 und 50, in denen Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit nebeneinander genannt werden, darf man kein zu großes Gewicht legen, weil hier vielleicht das Wort Auflösung überhaupt nicht auf ein Eingreifen des Staates hindeutet, sondern etwa nur auf eine Auflösung durch Beschluß. § 41. Es wäre doch aber immerhin möglich, daß das Gesetzbuch dem Staate gegen einen Verein zwei Strafformen zur Verfügung stellt: Die Vernichtung und die bloße Degradation. Unter letzterer soll eine Umwandlung verstanden werden, bei der ein vollkommen anerkannter rechtsfähiger Verein nicht aller und jeder rechtlichen Anerkennung, sondern eben nur der Rechtsfähigkeit beraubt wird, sodaß er dann noch immer als ein nichtrechtsfähiger Verein übrig bliebe, d. h. also nach dem oben Ausgeführten als ein nur in unvollkommener Weise von der Rechtsordnung anerkannter Verband. Im Grunde genommen würde dies auch dem Zwecke der Vorschriften des § 43 Abs. 2—4 genügen; denn die Gründe der Entziehung der Rechtsfähigkeit beruhen im wesentlichen darauf, daß sich die Vereinsverwaltung der besonderen Wohltat unwürdig gezeigt hat, die ihr mit der Rechtsfähigkeit des Vereins geschenkt worden war, während der Verein, falls er im Zustande der Nichtrechtsfähigkeit unter dem Schutze des § 54 weitergelebt hätte, einer Beanstandung durch die Obrigkeit gar nicht unterliegen würde. Für die entgegengesetzte Ansicht, die namentlich von Eck, Vorträge über das BGB. I S. 68 vertreten wird, läßt sich freilich sagen, daß eine Vereinsverwaltung, die sich durch einen Verstoß gegen irgendwelche Rechtsvorschriften verdächtig gemacht hat, der Gesetzgebung schon aus diesem Grunde zur völligen Vernichtung reif erscheint. Zur Vervollständigung des in meinem allgemeinen Teile S. 138 Gesagten möchte ich daher jetzt mit Eck im Zweifel in der Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins auch eine Auflösung sehen, hauptsächlich darum, weil § 45 bei jeder Entziehung der Rechtsfähigkeit über das Vermögen nichts anderes bestimmt, als im Auflösungsfalle gilt. Hätte das Gesetz in dieser Entziehung eine bloße Degradation des Vereins sehen wollen, so hätte es das bisherige Vereinsvermögen von der Entziehung ab einfach unter § 54 fallen lassen müssen. Da es dies nicht tut, so ist ihm wohl der Degradationsgedanke fremd. Immerhin möchte ich von der früher ausgesprochenen Ansicht doch noch so viel aufrecht halten, als daraus folgt, daß es einem Vereine m. E. möglich bleibt, in der Satzung für den Fall einer Entziehung der Rechtsfähigkeit, die nicht zugleich eine Auflösung aus Gesichtspunkten des öffentlichen Rechts ist, das Vermögen den Vereinsmitgliedern zuzuweisen. Da nämlich der Verein nach § 45 in seiner Satzung sein Vermögen für den Auflösungsfall einer bestimmten Person zuweisen kann, so halte ich es nicht für allzu kühn, unter dieser Person auch einen nichtrechtsfähigen Verein zu verstehen, dessen Mitglieder genau genommen dann die zur Nachfolge berufenen Personen bilden.

Nichts steht aber dem im Wege, daß die zur Nachfolge berechtigten Personen aus den früheren Vereinsmitgliedern bestehen sollen, die sich für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit zu einem nichtrechtsfähigen Vereine im voraus zusammengeschlossen haben.

Wir gehen nun zu der Frage über, ob das bisher von nichtrechtsfähigen Vereinen Gesagte auch auf nichtrechtsfähige Stiftungen angewandt werden kann. Zunächst ist sicher, daß das Recht der Stiftungen dem der Vereine in § 86 nur insoweit gleich gestellt worden ist, als dies daselbst des näheren ausdrücklich angegeben ist und daß daher von einer Anwendung des § 54 auf mangelhafte Stiftungen nicht die Rede sein kann. Damit wird jedoch die Frage nicht beantwortet, ob es überhaupt in der Natur der Dinge Erscheinungen gibt, die ebenso das Substrat der staatlichen Verleihung von Stiftungsrechten bilden, wie die Organisation des nichtrechtsfähigen Vereins ein Substrat für die Verleihung der Rechtsfähigkeit ist. Man muß sich nur hier von dem mystischen Gedanken frei machen, der den Willen des Stifters als das einzige Substrat der Stiftungen betrachtet, womit sich dann bei dem Willen eines Verstorbenen unwillkürlich geheimnisvolle Phantasiegebilde verknüpfen. In Wahrheit besteht das Substrat auch bei den Stiftungen lediglich aus der Organisation für eine Zweckverwaltung, bei denen jedoch im Gegensatz zu den Vereinen eine Versammlung der Interessenten (Mitgliederversammlung) als Lebensorgan fehlt. Dagegen finden wir auch hier eine Zweckbestimmung, ferner Menschen, die zur Zweckverwaltung geeignet sind und endlich auch Umstände, die eine sichere Gewähr dafür bieten, daß diese Zweckverwaltung auch tatsächlich geführt werde. Aus der Zusammenfassung dieser drei Elemente bildet sich auch hier die Vorstellung, deren in der Außenwelt gelegener Gegenstand mit dem Namen der Organisation für eine Zweckverwaltung bezeichnet werden darf. Diese Erscheinung ist vom Staate ebenso unabhängig, wie jeder Verband. Sie kann bestehen und wirken, ohne daß der Staat sie anerkennt, ohne daß er sich um sie kümmert, ja sogar wenn er sie verbietet. Sie bleibt dann immer eine wirtschaftliche Person, die unter Umständen kapitalkräftig und im Wirtschaftsleben wohl beachtet sein kann. Das würde z. B. der Fall sein, wenn jemand eine Stiftung macht, die auf einem religiösen Gelübde ruht, dessen Befolgung bei seiner Gesinnung außer jedem Zweifel ist, und dabei etwa während seiner Lebenszeit auf Einholung einer Genehmigung des Staates zunächst verzichtet. Wir sehen hier eine Verwaltungsorganisation, die sich von der Verwaltung des übrigen Privatvermögens des Stifters tatsächlich und im rein wirtschaftlichen Sinne als ein besonderer Träger vermögensrechtlichen Einflusses deutlich abhebt und in jedem Augenblicke durch den Staat in eine rechtsfähige Person verwandelt werden kann. Bei dieser Erscheinung ist freilich von einem Rechtsschutz ganz und gar nicht die Rede, gleichviel, ob der Zweck einer solchen Schöpfung verboten oder erlaubt ist. Eine ähnliche Erscheinung liegt dann vor, wenn etwa eine Stiftung nach dem Tode des Stifters vor der Genehmigung verwaltet wird. Diese Sachlage ist aber dem Recht nicht völlig gleichgültig; denn das Gericht ernennt und beaufsichtigt hier einen Pfleger der zukünftigen Stiftungen. Völlig rechtsfähig ist freilich diese Organisation trotzdem nicht, aber sie ist doch auch nicht völlig ohne Rechtsschutz, dem nasciturus vergleichbar (vgl. m. allg. Teil § 36 III S. 110). Es liegt also eine in unvollkommener Weise anerkannte wirtschaftliche Person vor (vgl. auch Kohler, Lehrb. d. BR. Bd. 1 § 151 S. 354). Daß hier eine juristische Persönlichkeit „verkannt" wird, ist ein von mir früher gewählter nicht gerade glücklicher Ausdruck. Besser ist es hier von stiftungsartigen Gebilden zu reden, die nur unvollkommen anerkannt sind, aber nicht die volle Anerkennung der Rechtsfähigkeit genießen, daher sie denn auch in ihrer Verwaltung die Befugnisse rechtsfähiger Personen gerade nur so weit ausüben dürfen, als ihnen dies ausnahmsweise durch Sondervorschrift gestattet ist. So wird z. B. in derartigen Verwaltungen der Pfleger zwar die Vermögensstücke der zukünftigen Stiftungen vindizieren können, nicht aber z. B. einen Gesellschaftsvertrag abschließen u. dgl.

Die Grenze zwischen dem, was hier erlaubt und unmöglich ist, ist schwer zu ziehen und soll an dieser Stelle nicht gezogen werden. Für unseren Zweck möge es genügen, hervorzuheben, daß wir eine durchgreifende Aehnlichkeit zwischen Vereinen und Stiftungen gefunden haben, nämlich die Dreiteilung zwischen dem, was vom Gesetz voll anerkannt ist, dem, was nur eine mangelhafte unvollständige Anerkennung gefunden hat und endlich dem, was mit den Vorschriften des Rechtes ganz und gar nicht zusammenhängt. Wir haben aber namentlich auch gefunden, daß in allen drei Fällen das reale, der Außenwelt angehörige Substrat, das der Staat zur rechtsfähigen Person erheben kann, dasselbe ist und daß der Staat dieses Substrat nicht erzeugt, sondern ihm nur von außen her gegenübertritt. Darum aber werden auch die stiftungsartigen Gebilde, die nur unvollkommen anerkannt sind, ebenso wie die unvollkommen anerkannten Verbände als Rechtsformen anzusehen sein, welche zwar unter zwei verschiedenen einander nachfolgenden Gesetzgebungen zwei abweichende Arten des Rechtsschutzes genießen, aber dadurch in ihrer juristischen Art nicht völlig geändert werden können.

Wir werden hieraus eine wichtige Folgerung ziehen können, die uns zu dem zurückführt, was unser Ausgangspunkt war, nämlich zu der Frage nach der Anwendbarkeit des neuen Rechts auf

ältere Rechtsgebilde. Als Beispiel sei hier das sogenannte Sammelvermögen genannt (§ 1914). Wir sehen hier eine neue Organisation, deren Substrat durchaus stiftungsartig ist, ja geradezu als eine bloß wirtschaftliche Person bezeichnet werden kann, wie sie ja auch schon im älteren Rechte vorkam, ohne jedoch den besonderen Schutz, den ihr jetzt das BGB. durch Bestellung des Pflegers neu gewährt, zu genießen.

Schon früher war es möglich, daß „durch öffentliche Sammlung Vermögen für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht" wurde. Auch schon früher mußte man hier von einer Organisation für eine Zweckverwaltung reden, also in dem Sachverhalte ein Substrat sehen, das sich zu einer Stiftung eignete. Auch schon damals war ein solches Vermögen nicht völlig rechtlos, obwohl die Frage recht schwierig ist, in welcher Weise ein Staatsschutz für die hier vorliegenden Interessen zu gewähren war. Darüber, daß ein solcher zu gewähren war, herrscht kein Zweifel. Wenn nun das BGB. diesen rechtlich nur unvollkommen anerkannten Organisationen einen neuen Schutz in § 1914 gewährt, so werden wir dies auch auf solche Sammelvermögen zu beziehen haben, die schon vor dem 1. Januar 1900 zusammengebracht sind. Der Grund hierfür liegt in der dauernden Natur der Rechtsverhältnisse, um die es sich handelt. Die Sache liegt hier nicht anders, als bei den nichtrechtsfähigen Vereinen.

Das erste Jahr Grundbuchrecht im rechtsrheinischen Bayern.

Von Landgerichtsrat **Karl Meyer** in München.

Die bayerischen Praktiker haben nicht gern von dem Hypothekengesetze Abschied genommen, das, ein Gesetz aus einem Gusse, den Bedürfnissen des Rechtslebens über 80 Jahre gerecht geworden ist. Es gab Rechtspartikularisten, die das neue Grundbuchrecht mit etwas angesäuerter Liebe begrüßten. Allein die Ueberleitung vom alten zum neuen Recht hat sich verhältnismäßig leicht vollzogen. Wie ich an anderer Stelle, in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1905 S. 394 ff., schon hervorgehoben habe, haben hierzu vor allem zwei Faktoren mitgewirkt: die Dienstanweisung für die Grundbuchämter, die ein landesrechtliches Kompendium des formellen Grundbuchrechts und den verlässigsten Führer zum neuen Recht und in ihm bildet, und die Aufrechterhaltung des Notariats. Zwar die Kontroversen sind in den ersten acht Monaten Grundbuchrecht nicht ausgeblieben. Weniger aus dem Gebiete des neuen Rechts, in dem die Wege durch die bisherige Rechtsprechung und Literatur deutlich vorgezeichnet sind, als aus dem Ineinandergreifen vom alten und neuen Recht, dem Ueberleitungsrecht.

Es ist ein besonderer Vorzug dieser Zeitschrift, daß sie diesen grundbuchrechtlichen Streitfragen, wie sie Rechtsprechung und Literatur gebracht haben, weiten Raum gegeben hat. Sie sind allerdings im Augenblick nur für einen Teil Bayerns aktuell; allein die Landesteile, in denen erst später das Grundbuchrecht zur Einführung gelangt, haben dann den Vorzug, in die glückliche Lage des Besitzers zu kommen, wenn die Hauptfragen bereits geklärt, wissenschaftlich ausgetragen und oberstrichterlich entschieden sind. Auch die größte gesetzgeberische Vorhersehbarkeit und Kasuistik kann diesen Fragen nicht vollständig vorbeugen. Die Hausse in den höchst bedingten Anwartschaften auf zukünftige, aus den Nebenkautionen herausgewachsener Eigentümerhypotheken ist bekannt.[1]) Der Run auf die Grundbuchämter und Beschwerdegerichte hat nachgelassen; die Hausse ist einer vollständigen Baisse gewichen. Alle Zweifelsfragen hat der Beschluß des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1905 freilich nicht beantwortet und hievon noch ein gutes Teil der materiellen Rechtsprechung übrig gelassen. Allein er hat doch nach der formellen Seite die befreiende Wirkung gehabt, daß das Grundbuch von der Eintragung von Pfändungen und Abtretungen der Zukunftseigentümerhypotheken frei bleibt. Ueber unsere altrechtlichen Nebenkautionen ist in den letzten Wochen in der Tagespresse, in den Fachzeitschriften und im Parlament eine lebhafte Diskussion entstanden. Hier, in der Zeitschrift,[2]) hat sie Dr. Kreß nach Entstehung und Bedeutung der eingehendsten Untersuchung unterzogen. Die scharfen Kanten, welche die Theorie aus dieser Streitfrage herausgeformt hat, wird die materielle Rechtsprechung voraussichtlich nach und nach abzuschleifen versuchen. Schon hat der Beschluß des Oberlandesgerichts München vom 20. November 1905[3]) unter Bezugnahme auf § 1176 BGB. den Gleichrang zwischen der Haupthypothek und der aus der Nebenkaution herausgewachsenen Eigentümerhypothek verneint. Es ist zu wünschen, daß auch noch die eine oder andere Kante abgeschliffen wird. Durch die Rechtsprechung kann die schönste Theorie platonischen Charakter erhalten. Auch die neuerlich aus § 48 GBO. aufgetauchte Frage,[4]) die vorherige Eintragung der Anteile der Berechtigten in Bruchteilen oder die Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses im Grundbuche, darf in ihrer praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden. Sie kann auch eine sanierende Wirkung üben. Die Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Anteile in Bruchteilen oder des für die Gemeinschaft maß-

---

[1]) BayZfR. 1905 S. 490 und 350. Damit darf aber die Frage der Entstehung von Eigentümerhypotheken bei Tilgung des Kapitals durch Annuitäten nicht verkoppelt werden.

[2]) BayZfR. 1905 S. 477 ff.

[3]) BayZfR. 1905 S. 514.

[4]) BayZfR. 1905 S. 495; RG. Bd. 54 S. 86.

gebenden Rechtsverhältnisses kann jederzeit durch Bewilligung der Berechtigten oder durch Antrag des mit einem vollstreckbaren Titel versehenen Gläubigers [1]) beim Grundbuchamte herbeigeführt werden.

So wird die Welle des Rechtslebens in der Folgezeit aus der Ueberleitung noch andere grundbuchrechtliche Fragen hochwerfen, an die jetzt im Augenblick noch niemand denkt. Auch wenn dem einen oder anderen Berechtigten derartige neurechtliche Rechtsfolgen nicht gerade bequem liegen und seine wirtschaftlichen Verhältnisse, die den altrechtlichen Beharrungszustand gewohnt waren, momentan berühren, dann darf man nicht gleich klagen und verlangen, daß die Klinke der Gesetzgebung in die Hand genommen wird. Gerade auf dem Gebiete des Ueberleitungsrechts, dem Verhältnis zwischen altem und neuem Recht werden die wirtschaftlichen Erwägungen dazu führen, daß die materielle Rechtsprechung, soweit es der gesetzliche Rahmen zuläßt, eine schonende Mittellinie einhalten wird. Das alte wie das neue Recht dient den Interessen der Parteien, der Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs. Das Ueberleitungsrecht will keine Verletzung wohlerworbener Befriedigungsrechte. Sein Zweck ist die Schonung derartiger Rechte und die Herbeiführung eines glatten Ineinandergreifens des alten und neuen Rechts. Und derartige Erwägungen können vielleicht auch in der Zukunft dazu führen, daß die Praxis bei den Streitfragen, die uns noch bevorstehen, auch weiterhin die eine oder andere Härte zu mildern bestrebt ist.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und sein strafrechtlicher Schutz.

Von **Dr. jur. Adolf Strauß**, Rechtsanwalt in München.

Durch §§ 559 ff. BGB. ist das schon im römischen Rechte begründete Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters bestätigt worden. In neuerer Zeit, seitdem insbesondere in den größeren Städten die Abzahlungsgeschäfte aufgetaucht sind, ist in vielen Fällen die Ausübung dieses Pfandrechtes dem Vermieter illusorisch gemacht worden, weil die Praxis der Gerichte das Pfandrecht dem Vermieter nur bezüglich der im Eigentum des Mieters stehenden Sachen gewährt und die Anwendung der §§ 1207, 1208 BGB. (Erwerb im guten Glauben) auf das Vermieterpfandrecht trotz des § 1257 BGB. versagt. Da also in dieser Richtung der Vermieter zur Verwirklichung seiner Ansprüche aus dem Mietvertrage häufig nicht gelangen kann, fragt es sich, ob nicht andere, etwa strafgesetzliche Bestimmungen ihm zu Gebote stehen; es wäre an die Strafbestimmung des § 263 StGB. zu denken; doch ist von vorneherein zu bemerken, daß die Praxis der Strafgerichte in allen oder doch den meisten Fällen, in denen der Mieter unter Verschweigung des Umstandes, daß die von ihm in die Wohnung eingebrachten Sachen einer dritten Person gehören, eingezogen ist, die Qualifizierung dieser Handlungsweise als Betrug verneint, sogar dann, wenn der Mieter in einem schriftlichen Vertrage der Wahrheit zuwider bestätigt hat, daß die von ihm einzubringenden, bezw. eingebrachten Sachen sein Eigentum sind. Diese Praxis der Strafgerichte unterliegt erheblichen Bedenken. Nach § 263 StGB. wird derjenige bestraft, welcher in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, durch Täuschung das Vermögen eines anderen schädigt.

Diese Täuschung kann nun auf zweifache Weise erfolgen: 1. entweder durch positives Tun, indem falsche und unwahre Tatsachen vorgespiegelt werden, oder indem die wahre Sachlage durch Verschiebung der richtigen Verhältnisse, durch Hinzufügung oder Außerachtlassung einzelner Punkte verändert wird, oder 2. durch Unterlassen, indem eine Tatsache verschwiegen wird, zu deren Bekanntgabe an den andern Teil eine Rechtsverpflichtung besteht. Die erste Art einer betrügerischen Manipulation ist gegeben, wenn der Mieter in einem schriftlichen Vertrag oder mündlich auf die Frage des Vermieters die Erklärung abgibt, die von ihm in die Wohnung einzubringenden oder schon eingebrachten Sachen seien sein Eigentum, während sie in Wahrheit einem Dritten gehören, z. B. von einem Abzahlungsgeschäft unter Eigentumsvorbehalt erworben worden sind. Der Vermieter wird dadurch in den Irrtum versetzt, daß er an den eingebrachten Gegenständen ein Pfandrecht für alle etwaigen Ansprüche aus dem Mietvertrage erhält, während dies tatsächlich nicht der Fall ist.

Aber man hat noch weiter zu gehen; auch in dem Verhalten des Mieters, der, ohne ausdrücklich zu erklären, die eingebrachten Sachen seien sein Eigentum, einen Mietvertrag abschließt, also lediglich verschweigt, daß dritte Personen an diesen Gegenständen Eigentumsrechte haben, liegt eine betrügerische Handlungsweise, weil eben der Mieter verpflichtet ist, dem Vermieter von einer Sachlage Kenntnis zu geben, die auf seine Geneigtheit zum Abschlusse des Mietvertrages von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Eine Verpflichtung zur Mitteilung liegt nicht nur dann vor, wenn das Gesetz es ausdrücklich vorschreibt, sondern auch dann, wenn der Getäuschte berechtigt war, auf Grund der geschäftlichen Gewohnheiten (cf. Liszt, StR. § 140) eine Mitteilung des anderen Teiles zu erwarten, oder wenn sie durch die Rücksichten von Treu und Glauben im Verkehr oder die Moral geboten war. (cf. Oppenhoff, Komm. z. StGB. § 263 Note 52 und die dort angegebene Literatur). Nach dem das Vertragsrecht beherrschenden Grund-

[1]) §§ 14 GBO., 792 ZPO.

satz von Treu und Glauben im Verkehr ist der Mieter verpflichtet, den Vermieter darauf aufmerksam zu machen, daß die eingebrachten Sachen nicht sein Eigentum sind (anderer Meinung **Kuhlenbeck**, 2. Aufl. Anm. 2. a. E. zu § 559 BGB. Die dort zitierte Entscheidung trifft aber gar nicht diesen Fall.). Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte hat denn auch stets die Voraussetzungen eines betrügerischen Verhaltens dann für gegeben erachtet, wenn in einem Gasthause ein Gast Speisen und Getränke bestellt, obwohl er sie nicht bezahlen kann (Zechprellerei). Der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr gebietet eben, daß beim Abschluß eines Vertrages derjenige, in dessen Person andere Tatsachen vorliegen, als der andere Teil nach den Regeln des gewöhnlichen Lebens und nach seiner darauf gestützten Schlußfolgerung erwarten darf, verpflichtet ist, dem andern Teile hievon Mitteilung zu machen. Ebenso wie im Gasthause Barzahlung die Regel bildet und der hievon abweichende Wille des zahlungsunfähigen Gastes dem Verkäufer der Speisen mitzuteilen ist, ebenso bildet im Verkehr zwischen Mieter und Vermieter die Tatsache stets die Regel, daß der Mieter Eigentümer seiner Wohnungseinrichtungsgegenstände ist. Gehören diese Gegenstände dem Mieter ausnahmsweise nicht, so ist er verpflichtet, davon dem Vermieter bei Abschluß des Mietvertrages Kenntnis zu geben.

Die Anwendung des § 263 StGB. erfordert eine Vermögensschädigung des Vermieters. Man könnte daran denken, daß der Vermieter erst dann geschädigt ist, wenn er später seinen Mietzins nicht erhalten und sich durch Ausübung seines vermeintlichen Pfandrechtes an den eingebrachten Sachen des Mieters keine Deckung verschaffen kann.

Diese Meinung ist unrichtig, wenn sie auch hie und da von den Gerichten geteilt worden ist. Zeitlich weit früher ist schon der Vermögensschaden dem Vermieter entstanden, nämlich in dem Zeitpunkte, in dem der Mieter mit den ihm nicht gehörigen Sachen in die Wohnung eingezogen ist. Für den Vermieter war in diesem Zeitpunkt der Anspruch auf das Pfandrecht nach § 559 BGB. gegeben; da aber das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen, die dem Mieter nicht gehörten, nicht entstehen konnte, hat der Vermieter hiedurch einen Vermögensschaden erlitten. Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB. ist jede Verminderung des Gesamtwertes des Vermögens, überhaupt jede schlechtere Gestaltung der Vermögenslage (cf. **Oppenhoff** Note 13 zu § 263), so daß auch die Entziehung des bezeichneten Pfandrechtes unter diesen Begriff fallen muß.

Andrerseits verschafft sich der Mieter einen Vermögensvorteil, weil er in den Besitz der von ihm gemieteten Räume gesetzt wird, ohne daß ihm Verpflichtungen auf Grund des § 559 BGB. erwachsen; die Tatsache dieser Besitzeinräumung bildet eine Vermögensmehrung, zu deren Erlangung ihm kein rechtlich begründeter Anspruch zustand.

Da auch die Absicht des Mieters stets auf die Erlangung dieses rechtswidrigen Vermögensvorteils, nämlich des Besitzes der Mieträume gerichtet ist und die Entziehung des gesetzlichen Pfandrechtes seinem Willen entspricht, so dürften alle Tatbestandsmerkmale des Betrugs gegeben sein. § 263 StGB. bildet hienach einen hinreichenden strafrechtlichen Schutz für das Pfandrecht des Vermieters.

Mitteilungen aus der Praxis.

Von welchem Zeitpunkt ab ist das Pfandrecht des Vermieters für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis an den eingebrachten Sachen des Mieters zu rechnen? In einem Rechtsstreit war die Frage streitig geworden, welcher Zeitpunkt für das Pfandrecht des Vermieters für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis maßgebend ist. Der Eigentümer X. hatte seine Wohnung vom 1. April 1900 ab auf eine Reihe von Jahren an Y. zu einem jährlichen Mietzins von 2200 Mk., zahlbar in vierteljährlichen Raten, vermietet. Am 4. Dezember 1903 wurden von einem Gläubiger des Mieters Y. die eingebrachten Sachen gepfändet und am 22. Dezember 1904 versteigert. Der Vermieter X. machte am 21. Dezember 1904 durch Schreiben an den Gerichtsvollzieher, welcher die Pfändung vorgenommen hatte, und den Gläubiger für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis für die verfallenen und in Zukunft fällig werdenden Mietzinsen das Pfandrecht geltend und beanspruchte nach Hinterlegung des Versteigerungserlöses die vorzugsweise Befriedigung aus diesem vor dem Gläubiger, und zwar verlangte er die Befriedigung für die Miete für die Zeit vom 1. Oktober 1904 bis zum 1. Januar 1905, vom 1. Januar 1905 bis zum 1. April 1905 und für das weitere Jahr vom 1. April 1905 bis zum 1. April 1906. Der Gläubiger vertrat den Standpunkt, daß das laufende und folgende Mietsjahr vom Tage der Pfändung ab zu berechnen sei, sodaß der Vermieter nur für die Zeit vom 1. Oktober 1904 bis zum 1. April 1905 einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung habe, während der Vermieter den Zeitpunkt für maßgebend erachtete, in welchem das Pfandrecht von ihm geltend gemacht worden sei. Der vom Vermieter in dem Rechtsstreit vertretene Standpunkt dürfte der richtige sein. Maßgebend ist der § 559 BGB.; er bestimmt allgemein, daß der Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters hat. In Satz 2 wird der Umfang der Forderungen dahin eingeschränkt, daß für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden kann. Das laufende und folgende Mietjahr ist aber von dem Tage der Geltendmachung des Pfandrechts zu berechnen, denn nur der Zeitpunkt, in welchem das Pfandrecht ausgeübt wird, kann entscheidend sein

Dies ergibt sich aus der Fassung und dem Wortlaut der Vorschrift in § 559: „Für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden" (vgl. Planck Bd. II Bem. 5a zu § 559, Staudinger II Bem. V zu § 559). Hinsichtlich des rückständigen Mietzinses ist keine Zeitbeschränkung gesetzt, für den rückständigen Mietzins kann das Pfandrecht ohne Rücksicht auf die Länge der verflossenen Zeit geltend gemacht werden. Das Gesetz macht aber in § 563 BGB. im Anschluß an § 49 Ziff. 2 KO. gegenüber andern Gläubigern des Mieters die Einschränkung, daß diesen gegenüber das Pfandrecht auch nicht wegen des Mietzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden kann. Der Vermieter hat demnach in diesem Fall nur ein Pfandrecht wegen des rückständigen Mietzinses für das letzte Jahr vor der Pfändung, der Zeitpunkt der Pfändung ist der Ausgangspunkt für die Berechnung des letzten Jahres. Hinsichtlich des Mietzinses für das laufende und folgende Mietjahr ist, wenn andere Gläubiger vorhanden sind, nichts bestimmt. Es muß daher für die Berechnung des laufenden und folgenden Mietjahres die allgemeine Bestimmung des § 559 BGB. gelten, sodaß kein Unterschied besteht, ob für diesen Fall dem Vermieter der Mieter selbst oder dessen Gläubiger gegenüberstehen. Der § 563 enthält nur eine Einschränkung des § 559 für einen besondern Fall; diese besondere Vorschrift kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht noch weiter eingeschränkt werden, als der Wortlaut geht, und zwar weder in der Richtung, daß überhaupt nur das Pfandrecht für den rückständigen Mietzins des letzten Jahres seit der Pfändung ausgeübt werden kann, wie einige annehmen (vgl. Mittelstein, Mietrecht S. 187), noch daß das laufende und folgende Mietjahr auch von dem Zeitpunkt der Pfändung ab gerechnet wird; in dieser Richtung sollte nichts geändert werden. Eine derartige Auslegung würde auch zu einer großen Härte gegen den Vermieter führen, indem der pfändende Gläubiger das Pfandrecht des Vermieters vereiteln könnte. Würde nämlich ein Gläubiger beim Mieter Sachen pfänden lassen, ohne deren Versteigerung zu betreiben, sondern die Pfändung mehrere Jahre bestehen lassen, so könnte der Vermieter auf Grund seines Pfandrechtes nach § 805 ZPO. der Pfändung nicht widersprechen, da er sich nicht im Besitz der Sachen befindet, andrerseits kann er nach § 805 ZPO. seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nur aus dem Erlöse geltend machen, der Erlös ist aber, da der Gläubiger die Versteigerung nicht wünscht, nicht vorhanden und sein Anspruch damit hinfällig, denn der Gläubiger könnte mit der Versteigerung warten, bis das laufende und folgende Mietjahr seit der Pfändung verstrichen wäre; eine derartige Unbilligkeit kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein (vgl. Josef in der Juristenzeitung 1905 S. 212 gegenüber der abweichenden Ansicht der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe daselbst 1902 S. 372). Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschriften spricht für die hier vertretene Ansicht. Im I. Entwurf des BGB (§ 521) war der Umfang der durch das Pfandrecht gesicherten Ansprüche des Vermieters in keiner Weise beschränkt, indem dem Vermieter das Pfandrecht wegen aller Forderungen aus dem Mietvertrag eingeräumt war, nur in Abs. 5 des § 521 wurde die Beschränkung aufgenommen, daß, wenn die dem Pfandrecht des Vermieters unterliegenden Sachen für einen andern Gläubiger gepfändet werden, diesem gegenüber das Pfandrecht wegen des ganzen Mietzinses nicht geltend gemacht werden kann, welcher auf eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung entfällt. Hinsichtlich des künftigen Mietzinses wurde andern Gläubigern des Mieters gegenüber keine Einschränkung gemacht. Die Motive Bd. II. S. 406 ff. sagen vielmehr ausdrücklich: „Der Vermieter, welcher sich auf längere oder kürzere Zeit gebunden und weder rückständigen noch laufenden Zins zu fordern hätte, müßte alsdann jedem Exekutionsgläubiger gegenüber dulden, daß der Erlös aus den gepfändeten eingebrachten Sachen des Mieters zur Befriedigung des Exekutionsgläubigers verwendet würde und daß er selbst infolgedessen wegen des künftigen Zinses die bei Eingehung des Mietverhältnisses vorausgesetzte Sicherheit verlöre." Der Abs. 5 des § 521 des ersten Entwurfs ist von der zweiten Kommission ohne Widerspruch angenommen und als § 563 aufgenommen, im übrigen von der zweiten Kommission der Umfang des Pfandrechts für künftige Forderungen aus dem Mietvertrag aus sozialpolitischen Gründen auf den Zins für das laufende und folgende Mietjahr beschränkt und in den Protokollen (S. 1991 ff.) ist dabei bemerkt: „Bei der Bestimmung des Umfanges des Pfandrechtes kommt es auf Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen des Vermieters, des Mieters und der sonstigen Gläubiger des letzteren an. Im Verhältnisse zu diesem gehe es nicht an, die dem Pfandrecht unterworfenen Sachen wegen aller künftigen Forderungen aus dem Mietvertrage haften zu lassen. Um aber den Umfang des Pfandrechts gegenüber dem Mieter selbst und seinen andern Gläubigern tunlichst einheitlich zu regeln, empfehle es sich, das Pfandrecht wegen künftiger Forderungen zu beschränken." Hieraus ergibt sich, daß für die Berechnung des laufenden und folgenden Mietjahres derselbe Zeitpunkt maßgebend ist, mag dem Vermieter der Mieter oder seine anderen Gläubiger gegenüberstehen, es ist der Zeitpunkt der Geltendmachung des Pfandrechts entscheidend. Auch das Reichsgericht nimmt diesen Standpunkt ein, indem es in einer Entscheidung hinsichtlich des Pfandrechts für künftige Entschädigungsforderungen gegenüber einem pfändenden Gläubiger des Mieters als entscheidenden Zeitpunkt die erste Geltendmachung des Pfandrechts hinstellt (Entsch. in ZS. Bd. 58 S. 301 ff., Rspr. d. OLG. Bd. VII S. 13 ff.). Im vorliegenden Fall kann demnach der Vermieter nicht bloß für die Mietzinsforderung vom 1. Oktober 1904 bis zum 1. April 1905, sondern auch für die Mietzinsforderung vom 1. April 1905 bis zum 1. April 1906 (das laufende und folgende Mietjahr) den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten und versteigerten Sachen des Mieters geltend machen.

Landgerichtsrat Aron in Straßburg.

Schutzfolium und Grundbuch. Nach § 4 GBO. kann unter einer bestimmten Voraussetzung für mehrere Grundstücke desselben Eigentümers, die im Bezirke desselben Grundbuchamtes liegen, ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden. § 86 a. a. O. macht dann einen Vorbehalt, demzufolge

durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden kann, daß die Vorschrift des § 4 auch dann Anwendung findet, wenn mehrere Grundstücke desselben Eigentümers in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter gelegen sind. Eine derartige Verordnung ist in Bayern nicht ergangen, vielmehr verbleibt es hier bei der Bestimmung des § 4 GBO., vgl. § 219 der DA. f. GBAe. Demnach haben nach Anlegung des Grundbuchs die nach bayer. Hypothekenrechte zulässigen Sperr- oder Schutzfolien für buchungspflichtige Grundstücke außer Anwendung zu bleiben. Dennoch bestehen solche zurzeit auch noch in Bezirken, für welche das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, indem Grundstücke dieses Bezirkes zusammen mit Grundstücken von angrenzenden Steuergemeinden, die in einem Amtsgerichtsbezirke liegen, für den noch das bayer. Hypothekenrecht gilt, im Hypothekenbuche dieses letzteren Amtsgerichts auf einem gemeinschaftlichen Blatte vorgetragen sind. Welche Vorschriften hat nun der Notar eines Amtsgerichtsbezirkes — hier angenommen Amtsgericht H. — für den noch das bayer. Hypothekenrecht gilt, anzuwenden, wenn er in einem und demselben Vertrage neben der Veräußerung von Grundstücken dieses Bezirkes auch die Veräußerung von Grundstücken eines Amtsgerichtsbezirkes — angenommen Amtsgericht G. — für welchen das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, beurkunden soll? Zweifel können hiebei entstehen, soweit die Grundstücke von G in Betracht kommen. Gelten für deren Verbriefung das Grundbuchrecht und die hiezu erlassenen landesrechtlichen Vorschriften (DA. f. d. GBAe., FMB. vom 23. Februar 1905 die Fortführung des Grundsteuerkatasters betr. rc.)? Die Frage dürfte zu bejahen sein, denn maßgebend hiefür ist die Lage des Grundstücks und nicht der Ort der Beurkundung. Es muß also die Auflassung und die Eintragung ins Grundbuch erfolgen, damit das Eigentum übergeht. Eine Eintragung ins Grundbuch erfolgt aber nicht, vielmehr wird der Vertrag beim Hypothekenamt H. vollzogen; der Grundbuchbeamte in G. nimmt lediglich Kenntnis von der Uebereignung. Die Dienstanweisung enthält keinerlei Bestimmungen über das Sperrfolium, weil sie dieses Institut nicht kennt, auch fehlt es an diesbezüglichen Uebergangsvorschriften. Man wird vielleicht hier annehmen dürfen, daß das Hypothekenbuch von H. das Grundbuch vertritt, wenngleich der hiefür bestimmte Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist (§ 24 Abs. I der K. VO. v. 23. Juli 1898, die Anlegung des Grundbuchs betr.), daß somit die Eintragung ins Hypothekenbuch die Wirkungen einer Eintragung in das Grundbuch hat. Wer hat nun bezüglich der Grundstücke von G. die Besitzveränderungen dem Rentamt anzuzeigen? Das Hypothekenamt H. vollzieht den Vertrag nach den Bestimmungen des bayer. Hypothekenrechts, für dieses hat weder die Dienstanweisung noch die oben erwähnte FMB. Gültigkeit, daher ist es zu einer Mitteilung an das Rentamt nicht veranlaßt. Das Grundbuchamt G. ist hiezu nicht veranlaßt, weil eine Eintragung ins Grundbuch nicht erfolgt, der Grundbuchbeamte lediglich Kenntnis nimmt, § 8 der FMB. hier nicht zutrifft. Der beurkundende Notar ist zur Mitteilung nicht befugt, weil hier eine Aenderung vorliegt, zu welcher die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist (§§ 8, 2, 9 der FMB.). Es fehlt auch hier an einer Uebergangsvorschrift. Der nächste Ausweg dürfte damit gefunden sein, daß man wieder annimmt, es vertritt das Hypothekenbuch von H. das Grundbuch, weil es sich um ein Grundstück handelt, für welches das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, und daß daher der Hypothekenbeamte von H. unter ausnahmsweiser vorzeitiger Anwendung der FMB. vom 23. Februar 1905 nach § 8 a. a. O. befugt ist, für dieses Grundstück dem Rentamte Mitteilung zu machen.

Notariatspraktikant Zimmermann in Pfaffenhofen.

Fahrtrecht, Notwegerecht oder Grunddienstbarkeit. Die Gemengelage der Grundstücke ist in Süddeutschland derartig groß, daß ein ganz beträchtlicher Teil von ihnen nicht an einen öffentlichen Weg zu liegen kommt. Um solche Grundstücke bewirtschaften zu können, ist es notwendig, über ein angrenzendes Grundstück zu fahren. Die „Fahrtrechte" sind die Wurzel nicht nur wirtschaftlicher Behinderungen der mit dem Fahrtrecht Belasteten, sondern auch der Berechtigten, sie geben aber auch häufig zu Prozessen Anlaß, deren Vermeidung im allseitigen Interesse gelegen ist. Soweit eine Flurbereinigung durchgeführt ist, verschwinden diese Fahrtrechte erfreulicherweise mehr und mehr. Ein in letzter Zeit am Landgerichte Augsburg entschiedener Fahrtrechtsstreit gibt Veranlassung auf die rechtliche Natur solcher Fahrtrechte näher einzugehen. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das Grundstück Plan-Nr. 1833 des S. liegt vollständig in der Gemengelage und S. **muß**, um es zu bewirtschaften, ein Wegerecht über ein angrenzendes Grundstück in Anspruch nehmen. Als solches wurde das des Nachbars D. Plan-Nr. 1877a seit Jahren benützt. Da D. nicht dulden wollte, daß S. weiter über sein Grundstück fahre, stellte er Klage gegen S. beim Amtsgericht W. Dieses verurteilte auch den S. bei Meidung einer Strafe, sich jeglicher Fahrt über das Grundstück des D. zu enthalten. Das Urteil war damit begründet, daß es dem Beklagten nicht gelungen war, die Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder die Ersitzung einer solchen nachzuweisen. In der Berufungsinstanz wurde das erstrichterliche Urteil aufgehoben, die Klage abgewiesen, aber dem Berufungsführer, welcher vollständig durchgedrungen war, die Kosten der Berufungsinstanz und jene der Beweiserhebung erster Instanz überbürdet. In der Berufungsinstanz wurde vom Vertreter des Beklagten geltend gemacht, daß es sich hier überhaupt nicht um eine Grunddienstbarkeit, sondern um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung handle. Es wurde ausgeführt: in erster Linie sei ins Auge zu fassen, wie diese Fahrtrechte entstanden sind. Die Gemengelage der einzelnen Grundstücke verschiedener Eigentümer hat diese zu gegenseitigem Entgegenkommen genötigt. Der vom Weg abgelegene Grundeigentümer war gezwungen, das Grundstück eines Angrenzers zu benützen, um zum Wege hin und zurück zu gelangen. Dabei mußte, wie bei jeder Inanspruchnahme eines Nachbargrundstückes, z. B. bei den Servituten, auf möglichste Schonung des belasteten Grundstückes Rücksicht genommen werden. So entwickelte sich schließlich der Satz, daß wenn möglich der Hinterliegende auf der kürzesten Linie den nächsten Weg aufzusuchen hat. Es wird dieses als das Prinzip der kürzesten Verbindung bezeichnet. Diese so entstandenen Wegeberechtigungen sind in der Tat keine

Grunddienstbarkeiten, sondern Notwegerechte. Das Notwegerecht selbst ist keine Dienstbarkeit, sondern, und zwar auch nach bayer. Landrechte und gemeinem Rechte eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Dies ist auch vom Obersten Landesgericht in den Urteilen Bd. 4, 37[13], 415[129] anerkannt. In der letzteren Entscheidung heißt es wörtlich: „Wenn daher das Berufungsgericht aussprach, daß im Falle eines wirklichen Notstandes, d. h. wenn ein namhafter Schaden auf andere Weise nicht abzuwenden ist, der Nachbar seinem Nachbarn das Fahren über sein Grundstück gestatten muß, und daß, wenn letzterer hiedurch beschädigt wird, die Negatorienklage . . . auf Erlassung eines richterlichen Verbotes künftiger Fahrten nicht begründet, sondern höchstens ein Entschädigungsanspruch gegeben sei, so kann in dieser Entscheidung eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden." Damit ist anerkannt, daß schon die erste Fahrtausübung eine berechtigte ist, welche nicht erst durch Vertrag zugestanden oder durch langjährige Ausübung ersessen werden muß. Wenn dies richtig ist, so handelt es sich nach altem und nach neuem Rechte um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Diese entsteht kraft Gesetzes, so bald ihre Voraussetzungen vorliegen und der Wegebedürftige den Notweg anspricht. Das Verfahren richtet sich jetzt nach § 917 BGB., welcher nur den bisherigen Rechtszustand aufrecht erhalten hat. Auf die Anlegung des Grundbuches, (die im Oberlandesgerichtsbezirk Augsburg noch nicht vollendet ist) kommt es nicht an, weil das Notwegerecht als gesetzliche Eigentumsbeschränkung der Eintragung ins Grundbuch nicht zugänglich ist (Planck § 917 Anm. 2, a, ε, Kober § 917 Anm. 3), die Eigentumsbeschränkung vielmehr ohne Eintragung besteht. Jedenfalls kommt für die Zeit seit 1. Januar 1900 unbestreitbar neues Recht zur Anwendung[1]), da nach Art. 189 Abs. 1 Satz 3 des EG. z. BGB. die Begründung einer Notwegedienstbarkeit durch Ersitzung nicht mehr möglich ist. Auf den Notweg findet auch ohne Grundbuch neues Recht Anwendung (Habicht 3. Aufl. S. 426 II, Willenbücher, Liegenschaftsrecht S. 57 Ziff. 12, Kober § 917 Anm. 7 und die dortigen Zitate). Auf das nach dem Inkrafttreten des BGB. geltend gemachte Notwegerecht finden ausschließlich dessen Vorschriften Anwendung (Dernburg BR. III 241 Ziff. 7, Planck § 917 Anm. 3 vor 917 8, Art. 181 EG. z. BGB.). Selbst wenn nach altem Recht das Notwegerecht eine Servitut gewesen wäre, so wäre dies jetzt belanglos, da es sich um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung handelt. Der Inhalt des Eigentums und dessen Umfang und Wirkung sind aber nach neuem Rechte zu beurteilen (RG. 46, 145, JW. 1900 S. 500, 561, 639, 890; 1901 S. 52, 293, 545), so daß also auch § 1004 zur Anwendung kommen muß. Die Klage auf Unterlassung weiterer Fahrten ist deshalb nur begründet, wenn der Eigentümer zu einer Duldung nicht verpflichtet ist. Dies ist aber immer der Fall, wenn die Voraussetzungen für den Notweg gegeben sind. Dies wurde für den vorliegenden Rechtsstreit schließlich zugegeben, aber es wurde geltend gemacht, in erster Instanz sei eine Grunddienstbarkeit behauptet worden und in zweiter Instanz könne die Einrede des Notwegerechts nicht mehr geltend gemacht werden. Demgegenüber muß hervorgehoben werden, daß der Berechtigte für sich, wie auch hier, ein **Fahrtrecht** in Anspruch nimmt und es dem Gericht überläßt, dessen rechtliche Natur festzustellen, sodaß die Geltendmachung eines Fahrtrechtes immer auch die Geltendmachung eines Notwegerechts in sich begreift. Die Notfahrt kann aber auch jederzeit einredeweise vorgeschützt werden. Andernfalls könnte der Eigentümer des durch das Notwegerecht beschränkten Grundstücks gegen den Eigentümer des berechtigten jedesmal auf Unterlassung der Beeinträchtigung klagen und zwar mit Erfolg, sobald der andere sein Recht ausübt. Der Berechtigte würde zur Unterlassung verurteilt und könnte erst im gesonderten Prozeß die Anerkennung seines Rechts zur Geltung bringen. Bei der ersten Ausübung könnte dann der Eigentümer des belasteten Grundstückes wieder auf Unterlassung klagen, er würde wieder siegen, dann käme wieder der Berechtigte und so ginge es bis zum beiderseitigen wirtschaftlichen Ruin weiter. Schon daraus allein ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit, daß die Klage auf Beseitigung einer Eigentumsbeeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen die volle Freiheit des Grundstückes von Beeinträchtigungen der jeweils in Rede stehenden Art gegenüber dem angeblichen Störer zur notwendigen Voraussetzung hat. Mangelt es an dieser Voraussetzung, ist der Eigentümer vielmehr zur Duldung einer bestimmten Beeinträchtigung gegenüber einer bestimmten Person verpflichtet, so ist dessen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung nach § 1004 BGB. ausgeschlossen. Der Klage aus Abs. 1 kann deshalb mit Erfolg die Einrede aus Abs. 2 entgegengesetzt werden. Dies gilt auch für das Notwegerecht und ist von namhaften Schriftstellern anerkannt. (Biermann § 1004 Ziff. 7, § 917 Ziff. 2, Kober § 1004 Anm. 7, § 917 Anm. 1, e, Scherer III § 917/8 Nr. 199 S. 106). Die Negatorienklage kann aber auch noch mit der exceptio doli bekämpft werden. Der Kläger weiß im Fahrtrechtsstreit, daß er dem Beklagten den Notweg auf Verlangen einräumen muß. Würde also die einredeweise Geltendmachung des Notwegerechts versagt, so könnte doch dem Kläger entgegengehalten werden: „Du handelst arglistig, weil du das, was du jetzt erreichst, sogleich wieder hergeben mußt und nur das eine Ziel mit deiner Klage erreichst, dem Gegner die Kosten des Prozesses aufzubürden und ihn in die Zwangslage zu versetzen, daß er noch einen zweiten Prozeß anfangen muß." Es würde ihm gegenüber gelten: „dolo petit, qui petit, quod redditurus est." (Siehe RG. 25. Mai 1898, JW. 27, 425[28]). Im vorliegenden Rechtsstreite hatte der berechtigte Beklagte für sich ein Fahrtrecht in Anspruch genommen und da er nicht vertreten war, sondern die Sache persönlich führte, der Anregung des Gerichts entsprechend, für die vermeintlich erforderliche Ersitzung Beweis angeboten. Das Berufungsgericht erkannte, daß der Beklagte nach § 97 II CPO. die Kosten der Berufungsinstanz zu tragen habe. Der vorliegende Rechtsstreit interessiert hier nicht mehr; aber es ist doch darauf hinzuweisen, daß § 97 CPO. ein neues **tatsächliches** Vorbringen erheischt und schlechterdings unanwendbar ist.

[1]) Es sei gleich hier bemerkt, daß das Berufungsgericht auf die Betonung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung hin wiederholt erklärte, es sei das Notwegerecht vor 1900 eine Grunddienstbarkeit, es finde auch auf den vorliegenden Rechtsstreit altes Recht Anwendung und einredeweise könne das Notwegerecht, jedenfalls in der Berufungsinstanz, nicht geltend gemacht werden.

wenn es sich lediglich um die rechtliche Würdigung einer tatsächlichen Behauptung handelt. Unser Landvolk spricht allgemein von einem Fahrtrecht, es macht keinen Unterschied zwischen Notweg und Grunddienstbarkeit. Sache des Gerichts ist es, die richtige rechtliche Grundlage für das tatsächliche Vorbringen zu finden. Geht die Behauptung einer Partei dahin: „Ich bin berechtigt zu fahren, weil ich über ein fremdes Grundstück fahren **muß**, um zu dem meinen zu kommen", so wird eben nicht eine Grunddienstbarkeit, sondern in erster Linie ein Notwegerecht geltend gemacht. Wenn dann das Untergericht fälschlich die Rechtslage verkennt und die Partei zu einer seiner Meinung nach erforderlichen Beweisantretung veranlaßt, so rechtfertigt dies nie und nimmer die Anwendung des § 97 ZPO. Voraussetzung dieses § ist, daß die Partei infolge **Verschuldens** neue **Tatsachen** erst in der zweiten Instanz bringt. Noch weit verfehlter aber ist es, zu sagen, das Beweisangebot, welches sich auf Ersitzung richtet, habe der Beklagte von vornherein als erfolglos erkennen müssen. Damit wird von dem Beklagten bessere Rechtskenntnis verlangt, als solche anderweit zutage getreten ist. Es ist für einen Bauern einfach unmöglich zu sagen: „Das, was der Amtsrichter von mir wissen will, ist zu wissen überflüssig." Es ist aber auch gar nicht richtig, daß eine Beweiserhebung, welche sich auf die Ersitzung richtet und wie hier immer um den Punkt sich dreht, wo der Beklagte zu fahren hat, ohne jeden Erfolg gewesen sei. Denn es wurde aus ihr klar, daß der Beklagte selbst keine Möglichkeit hatte, unmittelbar auf den Weg zu gelangen, sondern über irgend ein fremdes Grundstück fahren muß. Ist die Sachlage aber so, daß sich dies aus der, wenn auch auf einen ganz andern Gesichtspunkt gerichteten Beweiserhebung ergibt, so ist die richterliche Fragepflicht dadurch geweckt und es wäre Sache des Gerichtes gewesen, die Frage nach dem Notwegerecht anzuregen. Daß dieses übersehen, ist dem Beklagten nicht zum Verschulden anzurechnen. Aus der Geltendmachung dieses nur anderen rechtlichen Gesichtspunktes ist eine Kostenentscheidung zu Ungunsten des obsiegenden Berufungsführers aus §§ 96, 97 ZPO. ein Unding.

Rechtsanwalt Dr. Fischer in Augsburg.

„Kann durch einen Strafbefehl die Strafe des Verweises festgesetzt werden?" [1]) Die Frage wird bejaht von Binding (Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. Auflage, pag. 215), verneint von Ellinger (Der Verweis, Erlanger Dissertation 1899, pag. 68) und Nordschild (Der Verweis im Strafrecht und Strafprozeß, Tübinger Dissertation 1900, pag. 69). Die Praxis verhält sich ablehnend. Für die Verneinung der Frage beruft man sich auf „den klaren Wortlaut, die bestimmte Ausdrucksweise des Gesetzes". Mit der gemeinen Meinung (vgl. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 14 [431], 18 [116], 23 [404]) ist davon auszugehen, daß der Verweis Kriminalstrafe ist, nicht etwa nur Erziehungsmittel, wie Kayser (Strafrechtszeitung 1871, pag. 177), Hartmann (Allg. Gerichts-Zeitung für das Königreich Sachsen 1872, pag. 159) und Löning (Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht 1885, pag. 55) annehmen.

[1]) Vgl. Nr. 9 S. 218 und Nr. 14 S. 322 dieser Zeitschrift.

Was versteht nun § 447 II StPO. unter „Strafe"? Löwe (Kommentar zur Strafprozeßordnung, ad § 447, Anm. 2 a) begreift darunter „alle im Strafgesetz begründeten Folgen der Tat." Friedländer (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 18 pag. 501) dagegen meint, daß die bezeichnete Gesetzesbestimmung nur die Strafen im engeren Sinne im Auge habe. Für Friedländers Ansicht, der auch ich mich anschließe, spricht der Umstand, daß § 447 II StPO. den Ausspruch der Einziehung im Strafbefehl ausdrücklich zuläßt, deren Strafcharakter sehr bestritten ist. Die Motive zur StPO. ergeben keinen Anhaltspunkt darüber, warum dem § 447 der Absatz 3 beigegeben wurde. Der Grund, warum der Gesetzgeber in diesem Absatz 3 die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde besonders erwähnte, kann nur sein, daß die rechtliche Natur der Ueberweisung bestritten ist, daß ihr häufig die Qualifikation als Strafe abgesprochen wird. Würde § 447 II StPO. nicht nur die Strafen, sondern auch die anderen gesetzlichen Folgen eines Deliktes im Auge haben, dann wäre der Absatz 3 überflüssig.

Der Verweis ist bekanntlich in dem scheinbar erschöpfend handelnden § 70 d. StGB. über die Verjährungsfristen nicht erwähnt. Olshausen (Kommentar zum StGB., 7. Aufl. I pag. 323) bemerkt hiezu: „Sämtliche regelmäßige Hauptstrafen finden in den Nummern 1—6 Erwähnung, dagegen nicht die außerordentliche des Verweises. Es beruht dies auf einem Redaktionsfehler." Man könnte daran denken, daß auch bei § 447 II d. StPO. ein ähnliches Versehen mitgespielt hat. Doch läßt sich der Umstand, daß der Verweis im ersten Abschnitt des allgemeinen Teils des StGB. übergangen wird, auch auf andere Art erklären. Dieser Abschnitt handelt nämlich nur von den ordentlichen, im Strafgesetzbuche primär angedrohten Strafen, während sich der Verweis als eine außerordentliche, subsidiäre, als eine Ausnahmestrafe darstellt. Auch in § 5 des Einführungsgesetzes zum StGB. fehlt die Strafe des Verweises, und zwar mit Recht; denn wegen seiner lediglich subsidiären Natur ist der Verweis keine Strafe, die in einzelnen Gesetzen „angedroht" ist, die vielmehr nur in besonderen Fällen anstatt der sonst angedrohten auszusprechen ist. (Vgl. hiezu Binding, Handbuch I pag. 363.) Wenn hiernach auch der § 447 II StPO. zunächst nur die ordentlichen Strafen im Auge hat, so dürfte die Fassung dieser Gesetzesbestimmung doch nicht zur Unzulässigkeit des auf Verweis lautenden Strafbefehls führen. Der Richter wird gegebenenfalls die Strafe des Verweises im Strafbefehle festsetzen dürfen, die als subsidiäre Strafe die ordentlichen, im Gesetze angedrohten Strafen ersetzen soll. Auch in anderer Hinsicht ist man ja bei der Auslegung über die enge Fassung des § 447 II StPO. hinausgegangen; vgl. z. B. Stenglein (Kommentar zur StPO. Anm.*) ad § 447) und Friedländer (a. a. O. pag. 506 Note 31), die es für zulässig halten, daß im Strafbefehle höhere Strafen und andere Strafarten als die in § 447 II StPO. erwähnten in Form von Gesamt- oder Zusatzstrafen festgesetzt werden.

Der Hinweis auf die Bestimmungen des Nahrungsmittel und Weingesetzes steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Nach diesen Gesetzen kann, nach § 20 des Reichsgesetzes vom 15. Juni 1897, betr. den Verkehr mit Butter 2c. 2c. (RGBl. pag. 480), muß die öffentliche

Bekanntmachung der Verurteilung im Strafbefehl angeordnet werden. Der Ausspruch der Publikationsbefugnis ist aber auch der herrschenden, wenn auch bestrittenen Ansicht nicht als Strafe im technischen Sinne zu erachten, hat vielmehr die Natur einer Privatgenugtuung. (Vgl. hiezu Oppenhoff, Das StGB. für das Deutsche Reich, 14. Aufl. pag. 497, Olshausen a. a. O. pag. 614, 762 und die Motive zum Nahrungsmittelgesetz, abgedruckt in den Annalen des Deutschen Reiches 1882 pag. 798.)

Rechtspraktikant Neumann in Erlangen.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu § 26 des Verlagsgesetzes. In der Nr. 6 des vorigen Jahrganges (S. 149) wurde eine Entscheidung des OLG. Dresden mitgeteilt, die das freie Bezugsrecht des Autors verneinte.[1]) Das Reichsgericht (I. Senat) hat diese Entscheidung nicht gebilligt, sondern durch Urteil vom 14. Oktober 1905 im gegenteiligen Sinne erkannt, indem es folgendes ausführt: Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß das richtige Verständnis des § 26 nur zu gewinnen ist, wenn man ihn im Zusammenhange mit der grundlegenden Bestimmung des § 1 betrachtet, zu welchem noch die Vorschriften der §§ 2 bis 8 über den Umfang der dem Verfasser auferlegten Unterlassungspflicht hinzutreten. Nach § 1 wird durch den Verlagsvertrag der Verfasser verpflichtet, das Werk dem Verleger zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen, während dem Verleger die Pflicht, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten, obliegt. Der Verfasser hat sich nach § 2 während der Dauer des Vertragsverhältnisses jeder Vervielfältigung und Verbreitung zu enthalten, die einem Dritten während der Dauer des Urheberrechts untersagt ist, und in dem Umfang, in welchem der Verfasser nach den näheren Bestimmungen der §§ 2 bis 7 sich der Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes zu enthalten und sie dem Verleger zu gestatten hat, tritt nach § 8 — soweit nicht aus dem Vertrage sich ein anderes ergibt — für den Verfasser die Verpflichtung ein, dem Verleger das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung zu verschaffen; die vorsätzliche Vervielfältigung oder gewerbsmäßige Verbreitung des Werkes ohne Einwilligung des Berechtigten in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ist durch § 38 Ziff. 1 des Gesetzes über das Urheberrecht mit Strafe bedroht. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen ist es unzweifelhaft, daß die gewerbsmäßige, mit der Absicht eines Gewinnes betätigte wirtschaftliche Verwertung des Werkes kraft des Verlagsvertrages dem Verleger für eigene Rechnung ausschließlich zusteht; er bestimmt den Ladenpreis des Werkes; er entscheidet frei über die Art und Weise des buchhändlerischen Vertriebs, und der Verfasser hat keine Befugnis, sich in die wirtschaftliche Verwertung des Werkes, wie sie dem Verleger zukommt, einzumischen. Wenn nun bei dieser grundsätzlichen Ordnung des Verhältnisses zwischen Verfasser und Verleger das Gesetz im § 26 dem Verleger die Verpflichtung auferlegt hat, die zu seiner Verfügung stehenden Abzüge des Werkes zu dem niedrigsten Preise, für welchen er das Werk im Betriebe seines Verlagsgeschäftes abgibt, dem Verfasser, soweit es dieser verlangt, zu überlassen, so mag dahingestellt bleiben, inwieweit hierdurch dem Verleger das ihm gewährte Recht der ausschließlichen Verbreitung des Werkes wieder entzogen wird. Jedenfalls enthält der § 26 nach seinem Wortlaut wie nach dem Zweck, welcher in der Begründung des Entwurfs Seite 77 für die Rätlichkeit der getroffenen Bestimmung angegeben war — Wunsch des Verfassers, eine neue Auflage zu veranstalten, die Verbreitung des Werkes zu unterdrücken oder sie einem andern zu übertragen — eine aus Rücksicht auf die Interessen des Verfasser getroffene Einschränkung des freien Vertriebsrechtes der Verleger, von welcher der Entwurf annahm, daß er einem bereits bestehenden Gebrauche entsprach. Der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung ist an sich klar; sie setzt dem Verfasser in bezug auf die Zahl der Exemplare, deren Abgabe er von dem Verleger zu dem im Gesetz näher bezeichneten Preise verlangen kann, keine Schranken und erachtet das Interesse des Verlegers als genügend gewahrt, wenn er vom Verfasser diejenige Vergütung für die abgegebenen Exemplare erhält, mit der er auch sonst im Betriebe seines Verlagsgeschäfts noch zufrieden ist. Die Kläger stehen demnach auf dem Boden des Gesetzes, wenn sie sich für berechtigt halten, nicht nur zu ihrem persönlichen Bedarf, sondern auch zu dem Zwecke, ihren Zuhörern die zur Vertiefung ihres Wissens dienenden Werke gelegentlich der Lehrvorträge leichter zugänglich zu machen, die Abgabe von Exemplaren auf Grund des § 26 zu dem dort bezeichneten Preise und zur Weiterverbreitung an die Zuhörer ohne Gewinn zu beanspruchen. Eine gewerbsmäßige Verbreitung liegt hierin nicht und die Kläger haben in diesem Rechtsstreit von Anfang an mit Bestimmtheit erklärt, daß sie eine gewerbsmäßige Verbreitung der von ihnen gewünschten Werke weder beabsichtigen noch beanspruchen. Es ist deshalb hier auch nicht weiter zu erörtern, ob der Zweck der gewerbsmäßigen Verbreitung genügen würde, um das in der Klage ausgesprochene Verlangen der Kläger als unbegründet erscheinen zu lassen. Der Ausspruch des landgerichtlichen Urteils, welcher die von den Klägern beanspruchte Berechtigung anerkannte, stand jedenfalls mit dem Gesetze im Einklang, und die entgegengesetzte Ansicht des Berufungsgerichts beruht auf einer mit dem Wortlaut des Gesetzes wie dessen Absicht unvereinbaren, zu engen, rechtswidrigen Auslegung der getroffenen Bestimmung. Auch der mögliche Mißbrauch dieser Bestimmung vermag die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu rechtfertigen. Denn einerseits steht es dem Verleger frei, einem solchen Mißbrauch auf Grund seiner allgemeinen Rechtsstellung, welche ihm die Befugnis der ausschließlichen gewerbsmäßigen Verbreitung des verlegten Werkes während der Dauer des Verlagsvertrags zuweist, entgegenzutreten; andererseits hat es der Verleger auch in der Hand, die ihm etwa lästig scheinenden Folgen der gesetzlichen Bestimmung dadurch zu vermeiden, daß er bei Abschluß des Verlagsvertrags die Verwendung des § 26 ausdrücklich ausschließt.

334 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Reinhard in Dresden.

[1]) Vgl. ferner die Abhandlungen S. 334 und 363 des 1. Jahrgangs.

II.

Zu §§ 459, 460 BGB. **Polizeiwidrigkeit eines Ateliergelasses kann, wenn auch keine Gewährleistung deswegen vorliegt, doch als physischer Mangel des verkauften Grundstückes gelten. Durch Nichterkennen der Polizeiwidrigkeit oder Nichtnachforschung nach dieser handelt der Käufer nicht ohne weiteres fahrlässig.** Vergeblich beruft sich der Revisionskläger auf das reichsgerichtliche Urteil vom 21. Februar 1903 (JW. 1903 Beil. S. 56). Damals wurde im bloßen Vorzeigen eines Ateliers als vermietet eine Zusicherung seiner Vermietbarkeit nicht gefunden. Im gegenwärtigen Falle handelt es sich



um eine Zusicherung und um eine Anwendung des Abs. 2 des § 459 BGB., wie sie damals vom Kläger geltend gemacht worden war, überhaupt nicht. Die Klägerin leitet vielmehr ihren Anspruch aus Abs. 1 dieser Gesetzesvorschrift, nämlich daraus her, daß das ihr verkaufte Haus, welches sie als Miethaus gekauft habe, durch die Nichtvermietbarkeit des Ateliers mit einem Fehler behaftet sei, der den Wert und die Tauglichkeit des Hauses zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erheblich vermindere. Mängel, die dem Grundstück deshalb anhaften, weil es nicht so hergestellt ist, wie es nach den Vorschriften der betreffenden Bauordnung hergestellt sein müßte, um es so zu gebrauchen, wie es der Eigentümer gebrauchen will, sind vom Reichsgericht in stehender Rechtsprechung (vgl. Gruchots Beitr. 41, 870 u. a. m.) für physische Fehler (im Gegensatz zu den bei Gruchot 47, 833 behandelten juristischen Mängeln) der Kaufsache erklärt worden. Gegenüber der Tatsache, daß das Atelier als solches eingerichtet und in der Mietsaufstellung mit berechnet war, hätte der Beklagte darlegen müssen, weshalb es eine grobe Fahrlässigkeit gewesen sei — denn nur auf diese kommt es nach § 460 Satz 2 an —, wenn die Klägerin sich hierbei beruhigte und nicht weiter nachforschte, ob das Atelier auch den baupolizeilichen Anordnungen entsprach. Er hätte hiezu um so mehr Veranlassung gehabt, als in Frage kommen kann, ob etwa nach der Baupolizeiordnung die Polizeibehörde von den bezüglichen Vorschriften Dispens erteilen und ob Klägerin einen solchen als erteilt annehmen durfte. In den Vorinstanzen hat Beklagte dem entgegen nichts vorgebracht und dies kann sie in der Revision nicht mehr nachholen. (Urt. V 50/05 v. 11. Okt. 1905.) ———r.

312

B. Strafsachen.

I.

Zum Begriffe der Notwehr. § 53 StGB. Aus den Gründen: Es wird zwar festgestellt, daß der Angeklagte die Grenzen der erforderlichen Verteidigung gegen den rechtswidrigen Angriff des R. überschritten hat, aber nach der Begründung dieser Feststellung, daß der Angeklagte zur Abwehr des unbewaffneten G. den Kittspachtel gebraucht habe, ist es wahrscheinlich, daß der erste Richter den Gebrauch eines gefährlichen Werkzeugs allgemein einem unbewaffneten Angriff gegenüber für unzulässig hält. Dies ist irrig. Wenn dem rechtswidrig Angegriffenen kein minder-gefährliches Mittel zu Gebot steht, den Angriff abzuwehren, verwehrt ihm das Gesetz den Gebrauch eines Messers oder anderen gefährlichen Werkzeugs nicht. Es hätte daher der Darlegung bedurft, ob und warum der Angeklagte in der Lage gewesen wäre, ohne den Gebrauch des Kittspachtels, etwa infolge seiner größeren Körperkraft oder Gewandtheit, sich gegen die Faustschläge des R. erfolgreich zu wehren (Urt. d. I. StS. v. 6. Nov. 05; 1 D 1130/05). B.

320

II.

Schwurgerichtliche Fragestellung bei einem Fortsetzungsdelikt. § 293 StPO. Dürfen die Geschworenen die Schuldfrage mit einem die konkreten Tatumstände betreffenden Zusatze beantworten? (§ 305 StPO.)

Aus den Gründen: 1. Ein fortgesetztes Vergehen der Unterschlagung ist eine einheitliche Straftat mit mehreren Ausführungshandlungen, von denen jede die Tatbestandsmerkmale der Unterschlagung zeigt. Die Mehrheit von Einzelhandlungen wird aus tatsächlichen Gründen zu einer strafrechtlichen Einheit verbunden, die als solche ebenfalls einheitlich die Tatbestandsmerkmale der Unterschlagung trägt. Nach § 293 StPO. muß die den Geschworenen vorzulegende Hauptfrage die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände bezeichnen. Zur Erfüllung dieser Vorschrift muß es auch in Fällen der vorliegenden Art genügen, die Tatbestandsmerkmale mit den Worten des Gesetzes anzuführen, und es braucht der Umstand, daß die einheitliche Tat sich aus mehreren Einzelhandlungen zusammensetzt, nur insoweit berücksichtigt zu werden, als erforderlich ist, um die Gesamttat zu erkennen und von anderen Taten unterscheiden zu können. Diesen Erfordernissen entspricht die beanstandete Frage, insbesondere läßt sie, indem sie von Ausführung eines und desselben Vorsatzes während eines auf mehrere Jahre sich erstreckenden Zeitraumes spricht und die Zueignung einer Mehrzahl von „Barbeträgen“ und Wertpapieren zum Gegenstande hat, ersehen, daß eine nach und nach durch eine Mehrheit von Einzelhandlungen erfolgte Zueignung vorliegen soll. 2. Zuzugeben ist, daß es bei entsprechender Fragestellung nicht unbedingt Aufgabe der Geschworenen gewesen wäre, in Beantwortung der Schuldfrage über die für den strafrechtlichen Tatbestand der Unterschlagung an sich belanglose Höhe des Gesamtbetrags der unterschlagenen Werte sich auszusprechen. Da aber dieser Gesamtbetrag in die Frage aufgenommen worden war, konnten die Geschworenen, wenn sie die Frage nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung entsprechend ihrer Ueberzeugung beantworten wollten, sie nur mit dem gemachten Zusatze (durch den nämlich der Gesamtbetrag der unterschlagenen Werte niedriger als in der Frage bezeichnet wurde) bejahen. Die Aufnahme des Gesamtbetrags in die Frage war aber prozeßrechtlich nicht unzulässig. Welche Tatumstände zur Kennzeichnung der Tat in die Frage aufzunehmen sind, ist durch § 293 StPO. dem Ermessen des Vorsitzenden oder des Gerichts überlassen. Eine Nachprüfung des Revisionsgerichts ist durch § 293 StPO. ausgeschlossen. Daraus, daß der Spruch der Geschworenen sich über Umstände der in Rede stehenden Art nicht äußern muß, kann nicht geschlossen werden, daß er sich nicht äußern darf. Ist aber die Fragestellung nicht zu beanstanden, so muß auch die Zulässigkeit der geschehenen Beantwortung anerkannt werden, zumal da die durch den Zusatz beschränkte Bejahung eine teilweise Bejahung bildet und die Berechtigung der Geschworenen zu einer solchen durch § 305 Abs. II StPO. ausdrücklich ausgesprochen ist (Urt. d. I. StS. v. 1. Juli 1905, 1 D 800/05). B.

321

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Holographes Testament. § 2231 Nr. 2 BGB.: **Angabe des Ortes und Tages.** Diese ist nicht, wie von Planck-Ritgen 5 S. 440 und vom Kammergerichte Berlin KGJ. 3 S. 70 angenommen wird, eine Willenserklärung, durch die der Erblasser bestimmt, daß das Testament als an dem angegebenen Orte und Tage errichtet gelten soll, sondern ebenso wie die bei dem in öffentlicher Form (§§ 2241 Nr. 1, 2249 Abs. 1 BGB.) und bei dem vor drei Zeugen (§§ 2250 Abs. 2, 2252 BGB.) errichteten Testament in das Protokoll aufzunehmende Angabe des Ortes und Tages der Verhandlung die **Bezeugung der Tatsache**, daß das Testament an dem angegebenen Orte und Tage errichtet worden ist.[1]) Wird das Testament in öffentlicher Form oder vor drei Zeugen errichtet, so kann der Erblasser nicht bestimmen, daß es als an einem anderen Orte oder einem anderen Tage errichtet gelten solle. Für die Annahme, daß mit der Form des eigenhändigen Testaments eine Erweiterung der Verfügungsbefugnis des Erblassers nach dieser Richtung

[1]) RG. 51 S. 166, 52 S. 280; Dernburg, BR. 5 § 30 Ziff. II; Endemann, BR. 7. Aufl. 3 § 27.



verbunden sei, fehlt es an jedem Anhalte. Die Angabe des wirklichen Ortes und Tages der Errichtung ist bei dem eigenhändigen Testament aus denselben Gründen notwendig wie bei dem in öffentlicher Form oder vor drei Zeugen errichteten Testament und hat bei dem eigenhändigen Testamente, das im geheimen errichtet wird, sogar noch größere Bedeutung, indem sie einen Anhalt für die Prüfung der Echtheit des Testaments und für die Ermittelung der Umstände bieten soll, unter denen es zustande gekommen ist. Der Einwand, daß die dem Erben aufzuerlegende Beweislast für die Richtigkeit der Angabe die letztwillige Verfügung in vielen Fällen der Gefahr der Vereitelung aussetze, trifft nicht zu; indem das Gesetz bei dem vor drei Zeugen errichteten Testamente die Angabe in dem Protokolle, bei dem eigenhändigen Testamente die Angabe im Testamente vorschreibt, läßt es zugleich die vorschriftsmäßige Angabe bis zum Nachweise der Unrichtigkeit als richtig gelten. — Die Annahme, daß ein eigenhändiges Testament, das der Erblasser nicht an einem Tage niedergeschrieben hat, an verschiedenen Tagen errichtet sei, ist unhaltbar. Ein Schriftstück, in dem der Erblasser Anordnungen niedergeschrieben hat, die er zum Inhalte seines Testaments machen will, ist noch nicht ein Teil des Testaments, sondern lediglich ein **Entwurf** ohne rechtliche Bedeutung. Das Testament wird erst dadurch errichtet, daß der Erblasser es zum Abschlusse bringt. Als Ort und Tag der **Errichtung** ist daher der Ort und Tag des **Abschlusses** anzugeben. Wenn der Erblasser z. B. den ersten Teil des Inhalts des Testaments schon vor dem 9. Mai 1905 niedergeschrieben und an diesem Tage die letzten Anordnungen, die Angabe des Ortes und Tages und die Unterschrift hinzugefügt hat, so hat er das ganze Testament am 9. Mai 1905 errichtet.[1]) (Beschl. I ZS. Reg. III 75/1905 v. 30. November 1905.)

354 Y.

B. Straffachen.

Unterbrechung der Verjährung der Strafverfolgung. Gegen Z. war im Oktober 1895 das Hauptverfahren wegen Diebstahlsverbrechens eröffnet. Da er zur Hauptverhandlung nicht geladen werden konnte, wurde das Verfahren durch Gerichtsbeschluß vom 21. Dezember 1895 gemäß § 203 StPO. vorläufig eingestellt. Eine eidliche Vernehmung der Zeugen fand nicht statt. Vor Ablauf der Verjährung beantragte der Staatsanwalt die Anordnung von Forschungen nach dem Aufenthalte des Z. zur Unterbrechung der Verjährung oder die Anordnung der eidlichen Vernehmung einer Zeugin gemäß §§ 331, 328 Abs. II StPO. Das Gericht wies den Antrag zurück, da die Vornahme von Aufenthaltsermittelungen in die Zuständigkeit des Staatsanwalts falle, eine gerichtliche Anordnung hierüber also nicht nötig sei, weil ferner die eidliche Vernehmung einer Zeugin angesichts des unmittelbar bevorstehenden Ablaufs der Verjährungszeit nicht veranlaßt sei und die Vornahme richterlicher Handlungen nur zu dem Zwecke einer Unterbrechung der Verjährung nicht durch die Umstände gerechtfertigt sei. Auf die Beschwerde des Staatsanwalts hob das Oberste Landesgericht den Beschluß vom 21. Dezember 1895 und den zuletzt erwähnten Beschluß auf und ordnete an, daß die in der Anklageschrift benannten Zeugen durch einen zu beauftragenden oder zu ersuchenden Richter eidlich zu vernehmen seien, soweit ihrer Beeidigung ein gesetzliches Hindernis nicht im Wege stehe. Hierbei ist ausgeführt, es wäre vor Erlassung des Beschlusses vom 21. Dezember 1895 zu prüfen gewesen, ob das behufs Sicherung der Beweise nach den §§ 327 ff. StPO. Gebotene geschehen sei, wobei sich ergeben haben würde, daß vorerst die in § 328 Abs. II a. a. O. vorgeschriebene, eidliche Vernehmung der als Beweismittel für eine künftige Hauptverhandlung in Betracht kommenden Zeugen zu betätigen sei; es stehe nichts im Wege, die Beeidigung der Zeugen nachzuholen und der hierauf gerichtete Antrag des Staatsanwalts könne nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil der Ablauf der Verjährungsfrist nahe bevorstehe (vgl. OberstLG. EStS. Bd. I S. 259). Ueber den Antrag des Staatsanwalts, Forschungen nach dem Aufenthalte des Z. anzuordnen, ist nicht entschieden, weil der Zweck dieses Antrags, die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen, durch Anordnung der eidlichen Vernehmung der Zeugen ohnehin erreicht wird. (Beschl. v. 19. Dezember 1905.)

357 E. H.

Oberlandesgericht München.

Zur Auslegung der Art. 83, 84 UeG. In dem auf S. 340 des vorigen Jahrgangs erwähnten Falle ist nunmehr bestätigendes Urteil des Oberlandesgerichts ergangen und rechtskräftig. Darin billigt das Oberlandesgericht durchweg die erstinstanzielle Begründung, insbesondere auch, daß der Nachlaß in dem Ausgleichungsanspruch allein bestehen kann und der Pflichtteilsberechnung nach dem Werte beim Erbfall auch dann zugrunde zu legen ist, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe geworden, damit Konfusion eingetreten und die einjährige Ausgleichungsfrist bei Anstellung der Pflichtteilsklage bereits verstrichen ist. Als unrichtig wird in Uebereinstimmung mit n. S. 4 S. 175 die Ansicht von Henle-Schneider AG. S. 549 zurückgewiesen, daß mehrere Erben die Ausgleichung nur gemeinschaftlich geltend machen könnten und letztere mangels solcher Einigung unterbleiben müsse. Auch sei die Vererblichkeit des Anspruchs nicht etwa daran geknüpft, daß bereits der Erblasser das Ausgleichungsverlangen irgendwie ausgesprochen gehabt habe. Am Schlusse ist beigefügt: „Art. 84 UeG. würde nur dann in Betracht gekommen sein, wenn — was nicht der Fall — der überlebende Ehegatte die ihm auf Grund Erbvertrags angefallene Erbschaft ausgeschlagen hätte;[1]) dann würde er sich allerdings die weitergehenden Rechte nach bayer. LR. gewahrt und den klägerischen Pflichtteilsanspruch gegenstandslos gemacht haben. Da aber der Rechtsvorgänger des Beklagten dies nicht getan, es vielmehr bei der Vertragserbfolge belassen habe, so könnten auch die Beklagten weitergehende Rechte nicht in Anspruch nehmen“ (Urt. v. 13. Nov. 1905; IV L 411/05).

344 N.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Steht dem Eigentümer eines durch Wild beschädigten Grundstücks neben und außer der Klage des § 835 BGB. auch gegen den Jagdpächter eine Klage zu, die auf § 823 BGB. gestützt wird und den Schadensersatzanspruch auf den Verstoß gegen die eine Ueberhegung des Wildes verbietenden Schutzgesetze gründet? Diese Frage ist in einem Falle, in dem es sich um die Feldjagd innerhalb eines Gemeindebannes handelte, verneint worden aus folgenden Gründen: § 835 BGB. regelt im Zusammenhalte mit der Landesgesetzgebung den Wildschadenersatz umfassend aber auch ausschließend und er ist dem § 823 Abs. 2 BGB. gegenüber das spezielle, die Anwendung dieser allgemeinen **Vorschriften**

[1]) RG. 52 S. 277; EJG. 2 S. 13; Dernburg, BR. 2 Aufl. 5 § 30 Anm. 3; Endemann, Lehrb. 7. Aufl. 3 S. 119; Staudinger, BGB. 2. Aufl. 5 S. 532 Bem. V, C, 2.

[1]) Vgl. auch NS. Bd 4 S. 466, 6. S. 7; solchenfalls fände dann eine doppelte Ausschlagung statt, nämlich der Vertragserbfolge (§ 1948 BGB.) und der gesetzlichen Erbfolge nach BGB. (Art. 84 UeG.).
D. Eins.



erübrigende Gesetz. Die durch § 835 BGB. dem Eigentümer gegebene Ersatzklage setzt weder ein Verschulden des Jagdberechtigten voraus noch kennt sie überhaupt einen Unterschied zwischen verschuldetem und unverschuldetem Wildschaden; dabei wird dem ersatzberechtigten Grundeigentümer — nach Maßgabe des einschlägigen Jagdrechtsystems und unbeschadet von Art. 71 Ziff. 6 EG. — ein bestimmter Ersatzpflichtiger gegenübergestellt. Bayern hat von der Vorschrift des Art. 71 Ziff. 6 EG., wonach an Stelle der Eigentümer der zu einem Jagdbezirke vereinigten Grundstücke oder des Verbandes der Eigentümer oder der in erster Linie verpflichteten Gemeinde oder neben ihnen der Jagdpächter zum Ersatze des Schadens verpflichtet werden kann, keinen Gebrauch gemacht; für Bayern bleibt es also bei den Bestimmungen des BGB., wonach der Jagdberechtigte zum Ersatze des Wildschadens verbunden ist, ebenso wie dies auch der Grundsatz des rechtsrheinischen Gesetzes vom 15. Juni 1850 gewesen ist. In gleicher Weise wie die Kommission f. d. II. Lesung des Entw. d. BGB. (Prot. Bd. II S. 833) grundsätzlich nicht den Jadpächter, sondern den Jagdberechtigten als zum Schadensersatze verpflichtet hinstellte, war dies als oberster Grundsatz des erwähnten Gesetzes von 1850 — vgl. S. 69 Beil. Bd. I Verh. d. K. d. Abg. d. II. Landtags 1849 — aufgestellt worden. Ersatzpflichtig ist also in der Pfalz, und insoweit es sich um die Feldjagd handelt, die Gemeinde, und zwar gleichviel ob man ihr das — sich in der Verpachtung äußernde — Jagdrecht als ein vom Grundeigentume losgelöstes eigenes Recht oder ob man ihr nur das Recht der Ausübung des den Grundeigentümern zustehenden Jagdrechts als eigenes Recht zugesteht. (§ 5 VO. v. 15. Sept. 1815 und Art. 144 AG. z. BGB.) Daß die Geltung des Art. 3 des Gesetzes vom 15. Juni 1850 nicht auf die Pfalz erstreckt worden ist, ist für die hier allein wichtige Frage der Ersatzpflicht ohne Belang: Diese Erstreckung war — Begr. zu Art. 144 AG. (Art. 10 des Entw. z. G. betr. Aenderungen der seit 1818 erl. Ges.) S. 95 Beil. Bd. XX. Abtlg. I. 1898/9 K. D. Abg. — nicht veranlaßt, weil in der Pfalz ohnehin die Gemeinde als Inhaberin des Rechtes der Feldjagd oder als gesetzliche Inhaberin des Ausübungsrechtes ersatzpflichtig ist. Durch die andere oben an erster Stelle genannte Grundbestimmung des § 835 BGB. sind, ohne daß für eine landesgesetzliche Vorschrift Raum wäre, nicht nur die Fälle der regelmäßigen Wildschadensverursachung, sondern auch alle Fälle gedeckt, in denen der Wildschaden durch ein Verschulden in Ausübung der Jagd, insbesondere durch übermäßiges Hegen, veranlaßt ist. § 835 folgt, trotzdem er unter die sich auf unerlaubte Handlungen beziehenden Bestimmungen des BGB. eingereiht ist und insoweit auf die Geschichte der von der Ueberhege ausgehenden Wildschadensgesetzgebung zurückweist, ebenso wie die neueren Wildschadensgesetze überhaupt und insbesondere wie das Gesetz von 1850 dem Grundsatze, daß der Wildschadenersatzanspruch ein Verschulden nicht voraussetzt. (Prot. Bd. II S. 819/820.) Insofern er also dem Grundeigentümer die Möglichkeit verschafft, in allen Fällen, in denen Wild an seinen Grundstücken Schaden anrichtet, bei der jagdberechtigten oder jagdausübungsberechtigten Gemeinde Ersatz zu suchen, und insoferne die Gemeinde immer einzutreten hat, auch wenn bei Ausübung der Jagd kein Verschulden unterlaufen ist, stellt er selbst das Schutzgesetz vor, das die Gemeinde zu entsprechender Regelung ihrer Pachtverhältnisse veranlaßt und neben dem die eine pflegliche Behandlung der Jagd vorschreibenden und insbesondere die Ueberhege verbietenden Vorschriften der VO. von 1815 und 1863 für die Frage der Wildschadensersatzpflicht ihre Bedeutung verloren haben. Sache der Gemeinde ist es — und sie ist durch die Reg.-Entschl. vom 18. April 1900, die sich nur gegen eine von jagdpolizei- wie von gemeindeaufsichtswegen bedenkliche allgemeine Ueberwälzung der Wildschadenshaftung auf die Jagdpächter in den Pachtverträgen wendet, daran nicht gehindert, — sich gegen die schlimmen Folgen zu sichern, welche ein übermäßiges Hegen des Wildes durch den Jagdpächter für das Maß ihrer Ersatzpflicht hervorrufen kann. Gewiß kann neben demjenigen, der nach § 835 BGB. den Wildschaden zu ersetzen hat, ein Dritter aus einer unerlaubten Handlung ersatzpflichtig werden, gewiß kann — Prot. II S. 836 — mit der Haftung des Jagdberechtigten die Deliktshaftung eines Dritten z. B. des Wilderers, der Wild in ein Kornfeld treibt, oder um mit Planck § 835 Note 2 d Abs. 4 ein alltäglicheres Beispiel zu wählen, dessen, der vorsätzlich oder fahrlässig einen das Wild vom Eindringen in Gärten und bestellte Felder abhaltenden Wildzaun hat offen stehen lassen, zusammentreffen. Der Jagdpächter, der in weitaus den meisten Fällen die Gemeindejagd ausübt, ist aber der wildschadensersatzpflichtigen Gemeinde gegenüber kein Dritter im Sinne von § 840 Abs. 3 BGB. und der Protokolle a. a. O., insoweit es sich um die Ausübung der Jagdpacht handelt und insoweit er als Jagdpächter in Frage kommt. Daß der Jagdberechtigte und der Jagdpächter zu einander nicht im Verhältnisse des „Dritten“ zum Ersatzpflichtigen stehen, ist bei der Beratung, ob § 840 auf § 835 BGB. — vorbehaltlich von Abs. 3 dieses Paragraphen — Anwendung finden soll, ausdrücklich für den Fall anerkannt worden — Prot. II S. 836 unten — daß der Jagdpächter nach Landesgesetz neben dem Jagdberechtigten haftet. Es ist nun nicht abzusehen, warum ein derartiges Verhältnis Platz greifen soll, wenn die jagdberechtigte Gemeinde die volle Ersatzpflicht zu erfüllen hat und das Verhalten des Jagdpächters bei Ausübung der Jagd, also ein Umstand in Frage kommt, den die Gemeinde bei Abschluß ihres Pachtvertrags zu berücksichtigen Anlaß und Befugnis besitzt. Der Jagdpächter kann also wegen eines von ihm zu verantwortenden schuldvollen Handelns bei Ausübung der Jagd, insoweit es sich um Wildschadensfragen handelt, nur von der verpachtenden Gemeinde und von dieser nur nach Maßgabe seines Pachtvertrages, nicht auf Grund von § 823 Abs. 2 BGB. — so auch Maenner, Pfälz. JR. S. 130 f. gegen Henle-Schneider und Böhm-Klein zu Art. 144 AG. — in Anspruch genommen werden. Eine Klage des Grundeigentümers gegen den Jagdpächter auf Ersatz eines Schadens, der dadurch verursacht ist, daß Grundstücke von Wild beschädigt worden sind, ist dagegen vom Gesetze nicht zugelassen. Daß es nicht im Sinne des Gesetzes liegt, neben der sich in den Schranken von § 835 BGB., Art. 69—72 EG. und Art. 144 AG. bewegenden Wildschadensklage dem Grundeigentümer einen selbständigen und direkten, auf ein Verschulden bei Ausübung der Jagd gegründeten, Klageanspruch gegen den Jagdpächter zu gewähren, wird durch einen Blick auf die Gestaltung der Dinge bei Zulassung eines solchen Anspruchs deutlich. Es würde — und gerade das soll in dieser schwierigen, das politische Gebiet streifenden Materie vermieden werden — zu einer endlosen Reihe von Rechtsstreiten kommen, da dann nur zu leicht die vom Grundeigentümer belangte Gemeinde diesen an den Jagdpächter und dieser hinwiederum ihn an die Gemeinde verweisen würde; ja es würde dem Grundeigentümer zugemutet, bei Erhebung seines Anspruchs sofort zwischen dem regelmäßigen Wildschaden, wegen dessen Ersatzes er sich an die Gemeinde halten muß, und dem besonderen Ergebnisse einer vom Jagdpächter zu vertretenden Verschuldung zu unterscheiden, also einen Unterschied aufzurichten, der, wie dargelegt, von der Wildschadensgesetzgebung, wenigstens so weit es sich um die Ansprüche des verletzten Grundeigentümers handelt, bewußtermaßen jeder Bedeutung entkleidet ist. Faßt man die vorliegende Klage aber, trotzdem sie auf

§ 823 und nicht auf § 835 BGB. gestützt, trotzdem sie gegen den Jagdpächter und nicht gegen den Jagdberechtigten gerichtet ist und trotzdem sie an ein angebliches Verschulden des Jagdpächters anknüpft, als eine „Wildschadensklage" auf, eben weil ihr Klagegrund die Beschädigung von Grundeigentum durch Wild ist und das Vorliegen dieser Tatsache die Anwendung des ganz allgemein gefaßten § 835 BGB. rechtfertigt, so ist sie deshalb verfehlt, weil sie sich nicht gegen den richtigen Beklagten, d. i. die Gemeinde, wendet. (Urt. des II. ZS. v. 30. Oktober 1905.)

362 Mitg. v. Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Kumulative Schuldübernahme bedarf wie die Bürgschaft der Schriftform. Erfordernisse der Schriftform. Heilung ihres Mangels durch Erfüllung. (§§ 126, 133, 414, 421, 766 BGB.) Dem Beklagten Nathan B. schuldete die Klägerin Margaretha A. für ein Darlehen 300 Mk. und deren Mutter Barbara F. für Waren 700 Mk. Am 1. August 1900 errichtete B. eine Urkunde über diese Ansprüche mit dem Schlußsatze: „Mithin schuldet Barbara F. 1000 Mk. nebst 4% Zins von heute an", und ließ sie von beiden Frauen unterzeichnen. In einem von der A. gegen ihn erhobenen Rechtsstreite wollte B. mit diesen 1000 Mk. aufrechnen, indem er behauptete, die Klägerin A. habe auch den Betrag von 700 Mk. als Selbstschuldnerin übernommen. Letztere bestritt dies. Aus den Gründen des Berufungsurteils: Nach der Behauptung des Beklagten hat die Klägerin die von ihrer Mutter geschuldeten 700 Mk. als Selbstschuldnerin übernommen. Dieses Rechtsgeschäft kann eine privative oder kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft sein. Bei der privativen Schuldübernahme tritt nach § 414 BGB. ein Dritter durch Vertrag mit dem Gläubiger an die Stelle des Schuldners, letzterer wird befreit. Dieser Fall liegt hier nicht vor, weil die Mutter von der Schuld nicht befreit wurde. Bei der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft tritt ein zweiter Schuldner in das Schuldverhältnis ein und zwar bei der ersteren als Gesamtschuldner (§ 421 BGB.) und bei der letzteren als Nebenschuldner. Aus dem Vorbringen des Beklagten, die Klägerin habe sich als Selbstschuldnerin für die Schuld ihrer Mutter verpflichtet, um ihm Sicherheit zu leisten, ergibt sich, daß hier nicht die Uebernahme einer Gesamthaftung, sondern eine selbstschuldnerische Bürgschaft (§§ 765 Abs. 1 u. 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB.) in Frage steht, für welche nach § 766 Satz 1 a. a. O. die Schriftform vorgeschrieben ist. (Bayr. ObLG. Bd. 4 S. 330 neue Folge.) Aber auch eine kumulative Schuldübernahme wäre nach der Ansicht des Reichsgerichts an die Schriftform gebunden. Die betreffende Entscheidung (RGE. Bd. 51. S. 120 ff.) ist zwar angefochten worden (vgl. OLG. Rechtspr. Bd. 4 S. 53; Bd. 8 S. 84; das Recht Bd. 8 S. 222; ElsLothZ. Bd. 28 S. 626); allein das Reichsgericht hat seine Entscheidung in einem weiteren Urteile aufrecht erhalten und die Mehrzahl der Gerichte ist ihm beigetreten (JWschr. Bd. 34 S. 45; OLG. Rechtspr. Bd. 6 S. 449; Bd. 9 S. 284; Seuff. A. Bd. 59 S. 387; Hans. Z. Bd. 25 S. 232; Hess. Rechtspr. Bd. 5 S. 110). Auch das Berufungsgericht schließt sich dieser Auffassung an, weil die kumulative Schuldübernahme und die selbstschuldnerische Bürgschaft so ähnlich sind, daß die Unterscheidung für nicht Rechtskundige sehr schwierig und die Gefahr der sich Verpflichtenden bei beiden gleich groß ist, daher der für § 766 angegebene gesetzgeberische Grund, zur größeren Vorsicht anzuspornen, bei beiden gleichmäßig einschlägt.

Die Urkunde enthält keine ausdrückliche Haftungserklärung der Klägerin, sondern es ist darin nur von der Haftung ihrer Mutter für 1000 Mk., also auch für das Darlehen der Klägerin zu 300 Mk. die Rede. Der Beklagte macht aber geltend, die vorbehaltlose Mitunterzeichnung des Schuldversprechens durch die Klägerin enthalte die Uebernahme einer selbstschuldnerischen Haftung für die Schuld ihrer Mutter zu 700 Mk.; der wahre Wille sei gemäß § 133 BGB. zu erforschen; auch eine bloße Unterschrift enthalte eine Erklärung, wenn, wie hier, bloß eine Deutung, nämlich Mithaftung für die fremde Schuld, möglich sei; dafür spreche auch, daß die Unterschrift ohne einschränkenden Vermerk am Schlusse der Urkunde und nicht direkt neben den 300 Mk. beigefügt sei; es sei daher verfehlt, daß der Erstrichter die Unterschrift der Klägerin nur als Empfangsbestätigung der 300 Mk. aufgefaßt habe. Diese Ausführungen sind hinfällig. Nach § 126 BGB. ist der Schriftform nur genügt, wenn sowohl eine Urkunde, d. i. der Text einer Willenserklärung, als auch die Namensunterschrift des Erklärenden vorhanden ist (Hölder, BGB., Erl. § 126 Anm. 1; Staub, Komm. z. HGB., 6. und 7. Aufl. § 350 Anm. 36; Endemann, Lehrb. d. BR. 8. Aufl. Bd. 1 § 65 Ziff. 3a). Die Unterschrift, welche nur das Zeichen der Vollziehung der darüberstehenden Urkunde durch den Aussteller ist, enthält allein niemals eine Erklärung, sondern gewinnt erst durch die Beziehung auf einen Urkundentext rechtliche Bedeutung; eine Blankettunterschrift wird erst durch die Hinzufügung einer Willenserklärung wirksam. Die Blankounterschriften auf Wechseln begründen eine Verpflichtung des Unterzeichners nur in Rücksicht auf die beigefügte Wechselurkunde (Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl. § 126 Anm. 3). Im Texte muß der wesentliche Inhalt der Willenserklärung aufgenommen sein (Crome, System d. BR. Bd. 1 S. 887). In § 766 Satz 1 ist ausdrücklich verlangt, daß die Bürgschaft schriftlich erteilt werde. Es ist notwendig, daß sie ausdrücklich übernommen werde; aber der Wille, sich zu verbürgen, muß unzweideutig hervortreten; sonst ist die Schriftform nicht gewahrt. Bloßes Unterschreiben eines Schuldscheins gilt als Zeugnis, nicht als Verbürgung (Dernburg, BR., 1. u. 2. Aufl., Schuldverhältnisse Bd. 2 S. 344, § 285 II Note 8; RGE. Bd. 51 S. 113; das Recht 1902 S. 461 Nr. 2137; Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 138). Eine derartige Willenserklärung mangelt hier. Allerdings ist auch bei Auslegung einer an eine Form gebundenen Willenserklärung der wirkliche Wille nach § 133 BGB. zu erforschen (Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl. § 133 Anm. Abs. 2; Staudinger a. a. O. § 133 Anm. 6). Wenn aber überhaupt keine Erklärung vorliegt, ist auch keine Auslegung möglich, § 133 darf nie dazu führen, einen Willen zu berücksichtigen, der innerlich geblieben ist (Staudinger a. a. O. § 133 Anm. 5). Daß eine bloße Unterschrift eine Erklärung enthalte, wenn nur eine Deutung möglich sei, ist daher unrichtig; übrigens sind, abgesehen von der Haftungsübernahme, noch zwei andere Deutungen möglich: es kann die Unterschrift der Klägerin ein Zeugnis für die Richtigkeit des beurkundeten Geschäfts, wie auch eine Bestätigung des Empfangs der 300 Mk. sein. Daß die Unterschrift der Klägerin am Schlusse und nicht neben den 300 Mk. steht, beweist nichts; denn die Namensunterschrift muß eine Unterschrift sein, d. h. unter der Urkunde stehen, um den Inhalt zu decken (Rehbein BGB., Erl. Bd. 1 S. 156 Ziff. b). Steht der Name neben, über oder im Kontexte, so ist er keine Unterschrift (Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 136, III, 2). Zu einem einschränkenden Vermerk hatte die Klägerin keinen Anlaß, da bei dem Mangel einer Erklärung ihrerseits die Gefahr einer solchen Deutung nicht voraussehbar und daher eine Verwahrung nicht geboten war. Verfehlt ist der Einwand, es sei der Formmangel durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geheilt.

Im allgemeinen wird die Nichtigkeit durch Erfüllung nicht geheilt; es ist aber in § 766 Satz 2 bei der Bürgschaft eine Ausnahme getroffen, welche auch für die kumulative Schuldübernahme gelten muß. Die Erfüllung soll dadurch geschehen sein, daß der Beklagte mit den strittigen 700 Mk. am 24. September 1902 gegen den Klagsanspruch aufgerechnet habe. Die Aufrechnung wirkt allerdings wie Zahlung; der Schuldner, welcher aufrechnet, erfüllt seine Verbindlichkeit; das war hier der Beklagte. Nach § 766 Satz 2 wird aber der Mangel der Schriftform nur geheilt, wenn der Bürge oder Schuldübernehmer, also hier die Klägerin, die Hauptverbindlichkeit erfüllt. Da letztere dies nicht getan hat, besteht der Mangel der Schriftform fort. (Urteil vom 23. September 1905. BR. 111/05.)

337 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Augsburg.

Auslegung der Bestimmungen über Kündigung bei Mietverträgen. Die Streitsteile schlossen am 1. April 1900 einen schriftlichen Vertrag, durch den Klägerin an den Beklagten einen Laden in A. um 800 Mk. jährlich vermietete. Er enthält die Bestimmung, daß der Mietzins im voraus halbjährig am 1. April und 1. Oktober zu zahlen, die Kündigung aber halbjährig und nur am Zieltage statthaft sei. Mit eingeschriebenem Brief vom 2. April 1904, der am 3. ds. Mts. vormittags nach 9 Uhr der Klägerin zuging, kündigte der Beklagte für 1. Oktober 1904. Die Klägerin nahm diese Kündigung als verspätet nicht an, entgegnete, daß bis 1. April 1905 Beklagter über den Laden verfügen könne, und erhob gegen ihn, nachdem er Ende September 1904 den Laden geräumt hatte, Klage unter dem Antrage, ihn zur Zahlung von 400 Mk. zu verurteilen. Das Landgericht gab diesem Antrage statt, das Oberlandesgericht (II. ZS.) wies am 25. November 1905 die Klage ab.

Aus den Gründen: Der Mietvertrag hat unter der Herrschaft des BGB. den Charakter eines bonae fidei contractus, so daß er im Zweifel zum Nachteil des Vermieters auszulegen ist (vgl. Staudingers Komm. z. BGB. Bd. II S. 287). Auch sind nach § 157 BGB. mit § 133 Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern. Es kann also auch hier die Bestimmung, daß die Kündigung nur am Zieltage statthaft sei, abweichend von dem buchstäblichen Sinne ohne Zwang so ausgelegt werden, daß den Vertragsteilen der Gedanke vorschwebte, es dürfe die Kündigung an den drei ersten Werktagen der Monate April oder Oktober stattfinden, weil im Sinne der Vorschrift des § 565 BGB. der 3. April 1904 noch als Zieltag zu gelten hatte, zumal der 1. April Karfreitag war, welcher zu A. allgemeiner Feiertag ist. Ferner rechtfertigt sich die Annahme, daß Beklagter, dem durch den Vertrag ohnehin das gesetzliche vierteljährige Kündigungsrecht genommen war, sich nicht auch noch auf eine fixe, die Strenge der Wechselordnung übertreffende Zeitbestimmung einlassen wollte. Endlich konnte die Klägerin nicht dartun, daß sie bei Abschluß des Vertrags von einem gegenteiligen Interesse geleitet gewesen sei, weil ihr durch die erst am 3. April zugegangene Kündigung kein Schaden erwachsen konnte, vielmehr in der Zeit von diesem Tage bis zum 1. Oktober 1904 noch genügende Zeit war, den Laden zu vermieten, dessen Ausschreibung frühestens am 20. April 1904 im Wohnungsanzeiger des A.er Hausbesitzervereins möglich gewesen ist, in welchem sie sogar erst Ende August 1904 erfolgte.

350 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

Dem Erdaushubunternehmer steht der Anspruch auf Sicherungshypothek nicht zu (§§ 648, 883, 885 BGB., § 940 ZPO.). Antragsteller hatte im Auftrage des Grundstückeigentümers auf dessen Grundstücke zu dem von dem Eigentümer selbst auszuführenden Hausbau den Grund ausgehoben. Er verlangte wegen seiner Forderung hiefür eine einstweilige Verfügung auf Vormerkung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstücke. Der Antrag wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Anspruch auf eine Sicherungshypothek (§ 648 BGB.) steht dem Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Teiles eines solchen zu. Das Rechtsverhältnis der Streitsteile ist ein Werkvertrag nach § 631 BGB.; der Antragsteller ist dem Eigentümer gegenüber Unternehmer. Dagegen ist er nicht Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Teiles eines solchen. Das BGB. enthält die Bezeichnung „Bauwerk“ außer im § 648 in §§ 638 und 1012. Dagegen spricht es an anderen Stellen von „einem mit einem Grundstücke verbundenen Werke“ (z. B. §§ 836, 908). Eine Feststellung der Begriffe „Werk“, „Bauwerk“ enthält es nicht. Die Unterscheidung im § 638 zwischen „Arbeiten an einem Grundstücke“ und „bei Bauwerken“ ergibt, daß die Arbeitsleistung an dem Grundstücke, auf dem ein Bau aufgeführt wird, nicht Arbeit bei dem Bauwerke ist, daß also der Unternehmer von „Arbeiten an einem Grundstücke“ nicht Unternehmer eines Bauwerkes ist. Das Arbeitsresultat des Unternehmers von „Arbeiten an einem Grundstücke“ ist zwar ein Werk (JW. 05 S. 201), nicht aber ein Bauwerk. Das Werk, welches durch die Leistung des Erdaushubunternehmers zustande kommt, ist die Baugrube in dem Baugrundstücke. Diese ist aber kein Bauwerk. Das Reichsgericht (E. Bd. 56 S. 41) bezeichnet als Bauwerk „eine unbewegliche, durch Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“. Die Baugrube ist keine solche, sondern nur eine Veränderung des Grundstückes. Und sie wird nur durch Arbeitsleistung an dem Grundstücke, nicht durch Verwendung von Material bewirkt. Die Baugrube ist aber auch nicht ein Teil eines Bauwerkes. Der Fall, daß der Unternehmer des ganzen Baues den Grundaushub mitbetätigt, und die Vergütung für das ganze Bauwerk in einem einheitlichen Betrage bestimmt ist, war nicht gegeben; es kann deshalb die Entscheidung der Frage, ob in einem solchen Falle der Unternehmer auch für die Vergütung des Grundaushubes allein den Anspruch auf eine Sicherungshypothek nach § 648 BGB. hat, dahingestellt bleiben (Beschl. v. 31. Aug. 05 PR. Nr. 3085/05 c, bestätigt durch Beschl. d. OLG. München v. 22. Sept. 05, Beschw.R. Nr. 485/05).

265 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

Literatur.

Litthauer, F., weil. Justizrat, Handelsgesetzbuch mit den ergänzenden Vorschriften des BGB. und Erläuterungen. 13. Aufl.; in Verbindung mit M. Thiele, Oberlandesgerichtsrat und Dr. A. Cohn, herausgegeben von Dr. A. Mosse, Geh. Justizrat, Oberlandesgerichtsrat und ordentl. Honorarprofessor in Königsberg. Berlin 1905, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Geb. Mk. 3.—.

Die seit Jahren in der Praxis viel benützte Handausgabe erscheint zum Teil in neuer Fassung. Sie zeichnet sich insbesondere durch die im Druck hervorgehobene Einfügung von Abschnitten aus dem BGB. und dem Börsengesetz aus. Angefügt sind das Depotgesetz und das EG. zum HGB. Die Anmerkungen sind wie bisher bescheiden im Umfang, aber inhaltsreich.

von der Pfordten.

Beling, Ernst, ord. Professor in Tübingen. Fälle aus dem Strafprozeßrecht zum akademischen Gebrauch. Dritte völlig umgearbeitete und vermehrte Auflage. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1905. Preis: Mk. 1.20, geb. Mk. 1.80.

In dieser Sammlung werden 210 praktische Fälle zusammengestellt, überwiegend leichtere, zum Teil aber auch schwierige (z. B. Nr. 190, 207). Sie sind übersichtlich nach Materien geordnet und erscheinen recht geeignet, dem Studierenden, der zunächst nur die abstrakten Regeln kennen gelernt hat, Interesse für deren Tragweite einzuflößen und ihm eine Schulung für die Praxis zu verschaffen. Die Fälle sind geschickt gewählt und zeichnen sich durch Klarheit des zur Bearbeitung vorgelegten Tatbestandes aus. Im Vergleich zur letzten Auflage sind sie stark vermehrt. Auch dem Praktiker wird mancher Fall noch Neues bieten. Verschiedene Beispiele legen ferner die Reformbedürftigkeit der StPO. nahe (z. B. Nr. 25, 87). Für die Lösung der Aufgaben ist es recht günstig, daß die meisten Fälle gleichzeitig als Illustration von Lehrsätzen dienen, welche im Bennecke-Belingschen Lehrbuche zu finden sind. Dem Lehrer wird es durch die Sammlung ermöglicht, so ziemlich den gesamten Stoff des Strafprozeßrechts im Anschluß an die einzelnen Fälle mit durchzunehmen. Es tut im Strafprozeß, der eine so wenig einheitliche Entstehungsgeschichte aufzuweisen hat, besonders not, mit einer größeren Zahl von praktischen Fällen den tatsächlichen Gang des Verfahrens zu veranschaulichen. Die Sammlung kann daher nur warm empfohlen werden.

Privatdozent Dr. Köhler.

Beling, Ernst, ord. Professor in Tübingen. Grundzüge des Strafrechts. Dritte völlig umgearbeitete Auflage. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1905. Preis: Mk. 2.50, geb. Mk. 3.35.

Die abermals in neuer Auflage vorliegenden Grundzüge sind gegenüber den früheren Auflagen (v. 1899 u. 1902) wesentlich erweitert, obwohl zur Entlastung einzelne Ausführungen nunmehr ausgeschieden und in Belings umfassendes Werk über die Lehre vom Verbrechen (1906) übernommen worden sind, wo sich der Verfasser in zahlreiche wissenschaftlich wertvolle Detailuntersuchungen vertieft. Die Grundzüge bilden aber nicht etwa ein bloßes Gerippe, welches nur neben der Vorlesung brauchbar wäre, sondern sie enthalten in klarer und präziser Form die wichtigsten Lehrsätze zu allen Materien des Strafrechts, vielfach mit kurzer Begründung oder Widerlegung einer Gegenansicht. Es ist zu wünschen, daß sich im Laufe der Jahre die Grundzüge allmählich zum Lehrbuch umgestalten mögen. Dem von anderer Seite bei der letzten Auflage geäußerten Bedenken, daß die Zitate etwas zu spärlich seien, ist durch eine erhebliche Vermehrung der Literaturangaben Rechnung getragen. Eigenartig ist der Versuch, für Lehrzwecke den speziellen Teil des Strafrechts als einen Bestandteil des Abschnittes über das Verbrechen in die allgemeinen Lehren einzugliedern. Seiner wissenschaftlichen Grundrichtung nach geht Beling aus von dem Prinzip der Vergeltung, von der Annahme der Willensfreiheit und dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als einem Erfordernis der Bestrafung bei vorsätzlichem Handeln. Die Begründung der aufgestellten Thesen ist selbständig und wird jedem, der sich für strafrechtliche Fragen interessiert, reiche Anregung bieten. Für das erste Studium ist das Buch vorzüglich geeignet. Nur darf es nicht als die einzige Quelle der Erfassung des strafrechtlichen Lehrstoffes benützt werden. Durch ein sehr viele wissenschaftliche termini technici enthaltendes Sachregister wird die Brauchbarkeit wesentlich erhöht.

Privatdozent Dr. Köhler.

Freudenthal, Hugo, Oberlandesgerichtsrat in Colmar. Zivilprozeßordnung nebst dem Einführungsgesetze in der neuen Fassung. Handausgabe mit Erläuterungen und einem Anhange. 2. Auflage. München 1905, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Preis geb. 6 Mk.

Die beliebte Ausgabe ist durch Berücksichtigung der Novelle vom 9. Juni 1905 auf den neuesten Stand gebracht. Ihre in gedrängter Wiedergabe der Literatur und Rechtsprechung und in äußerst sorgfältigen Verweisungen bestehenden Vorzüge sind bekannt und bedürfen keiner weiteren Hervorhebung. Auch die Erläuterungen sind trotz der Kürze beachtenswert und zuverlässig.

von der Pfordten.

Vorwerk, Dr. iur. A. F., Rechtsanwalt in Schanghai. Das Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit. Berlin 1905, J. Guttentag, G. m. b. H. Gebd. Mk. 2.—.

Die Ausgabe zeigt die bekannten Vorzüge der kleinen Guttentag'schen Sammlung. Der Verfasser hat das Gesetz, das auch im Inland öfter benützt werden muß, als man gemeinhin anzunehmen pflegt, unter Heranziehung der Materialien und der Literatur ziemlich eingehend erläutert.

von der Pfordten.

Parisius, Ludolf und Crüger, Dr. Hans. Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Achte Auflage, bearbeitet von Dr. Hans Crüger. Berlin 1905, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 1 Mk. 40 Pfg.

Der Wert dieser kleinen, von den bestbekannten Kommentatoren des Gesetzes, betr. die Gesellsch. m. b. H., besorgten Handausgabe zeigt sich deutlich darin, daß der 7. Auflage des Büchleins aus dem Jahre 1904 heuer schon die achte folgen konnte. Neben einer kurzen Geschichte des Gesetzes gibt die „Einleitung" eine wertvolle Zusammenstellung der wesentlichen Unterschiede der Gesellsch. m. b. H. von der offenen Handelsgesellschaft, der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft. Der wichtigste Vorzug der rasch orientierenden Gesetzesausgabe liegt aber wohl darin, daß die Anmerkungen trotz ihrer gedrängten Kürze die Rechtsprechung der oberen Gerichte und insbesondere auch des Reichsgerichts bis in die jüngste Zeit und in umfassendster Weise berücksichtigen. L.

Notiz.

Fürsorgeerziehung. Bei den Verhandlungen über das Zwangserziehungsgesetz in der Kammer der Abgeordneten im Jahre 1902 wurde angeregt, den Ausdruck „Zwangserziehung", weil anstößig und für die spätere Zukunft des Zöglings gefährlich, durch den Ausdruck „Fürsorgeerziehung" oder „Pflegeerziehung" zu ersetzen (StenB. 1901/02 Bd. VII S. 305 ff.). Die Anregung fand keinen Anklang. Es wurde vor allem darauf hingewiesen, daß sich der Ausdruck „Zwangserziehung" in Art. 135 EG. z. BGB. findet und daß die zum Ersatze vorgeschlagenen Ausdrücke Tautologien enthielten. Es ist bemerkenswert, daß jetzt in Württemberg durch ein besonderes Gesetz vom 11. November 1905 in dem Gesetze vom 29. Dezember 1899, betr. die Zwangserziehung Minderjähriger, das Wort „Zwangserziehung" durch „Fürsorgeerziehung" ersetzt wurde. Das gleiche ist durch eine Ministerialverfügung vom 15. November 1905 für die Vollzugsvorschriften geschehen (Regierungsblatt für Württemberg 1905 Nr. 32 S. 290/91).

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

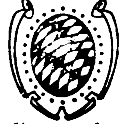
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Zur Rechtsprechung über die Pfändung eventueller Eigentümerhypotheken.

Von Prof. Dr. Lothar Seuffert in München.

Die in dieser Zeitschrift Bd. I S. 287, 350, 490 veröffentlichten Beschlüsse des Landgerichts München I, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Reichsgerichts befassen sich mit folgenden Rechtsfragen:

1. Verwandelt sich eine unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 bestellte Hypothek für Zinsen und Kosten einer Hypothekenforderung mit der Anlegung des Grundbuchs in eine nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilende Maximalhypothek?

Das Grundbuchamt des Amtsgerichts München I hat in dem Beschlusse, welcher in der Entscheidung des Beschwerdegerichts (Bd. I S. 287 der BayZfR.) angeführt ist, die Frage mit Nein beantwortet; ebenso das Landgericht München I als Beschwerdegericht. Dagegen haben das Bayerische Oberste Landesgericht und das Reichsgericht die Frage bejaht.

Da Herr Dr. H. Kreß diese Streitfrage in den Nummern 23, 24 des vorigen Jahrgangs ausführlich behandelt hat, halte ich es für inopportun, die Leser dieser Zeitschrift jetzt schon wieder mit einer Erörterung derselben Frage zu behelligen. Aber ich mache kein Hehl daraus, daß ich der Ansicht des Obersten Landesgerichts und des Reichsgerichts Gefolgschaft leiste, indem ich die Gründe, welche von den beiden Gerichten für die bejahende Ansicht angeführt wurden, für durchschlagend halte. Was Herr Dr. H. Kreß dagegen vorbrachte, hätte vielleicht (?) den Gesetzgeber bestimmen können, der Umwandelung der Zinsen- und Kostenhypotheken in Maximalhypotheken des neuen Rechtes vorzubeugen, ändert aber nichts an der Tatsache, daß ein solches vorbeugendes Gesetz nicht erlassen ist, und kann daher nicht über die Anwendung des bestehenden Gesetzes (EG. z. BGB. Art. 192 Abs. 1) hinweghelfen.

2. Steht der Umstand, daß noch nicht feststeht, ob aus einer Maximalhypothek eine Eigentümerhypothek entstehen wird, der Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek im Wege?

Diese Frage haben das Landgericht München I und das Bayerische Oberste Landesgericht verneint. Das Landgericht hat die verneinende Ansicht nicht näher begründet, sondern sich damit begnügt, auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in den Entsch. in ZS. LI S. 116 ff., LVI S. 15 und JW. 1904 S. 365 zu verweisen. Das Oberste Landesgericht hat die verneinende Ansicht damit begründet, daß der Grundstückseigentümer über die ihm eventuell zufallende Eigentümerhypothek schon vor dem Zeitpunkt, in welchem ihm die Hypothek zufällt, durch Rechtsgeschäfte mit der Wirkung verfügen könne, daß die Verfügung für die Zeit, in welchem ihm die Hypothek zufällt, wirksam wird; daraus zieht das Oberste Landesgericht die Folgerung, daß auch die Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek zulässig sei. Das Reichsgericht hat die oben unter Nr. 2 aufgeworfene Frage weder bejaht noch verneint. Es unterstellt zwar die Ansicht, daß die Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek zulässig sei, als eine solche, die richtig sein könne, aber nur hypothetisch. Einer direkten Beantwortung der Frage wich das Reichsgericht aus, indem es aussprach, daß die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch auf jeden Fall unzulässig sei; unzulässig, wenn man die Zulässigkeit der Pfändung verneine, unzulässig aber auch, wenn man die Zulässigkeit der Pfändung bejahe.

Ich bin der Ansicht, daß das Vollstreckungsgericht die Erlassung eines Beschlusses, in dem Pfändung der eventuell aus einer Maximalhypothek entstehenden Eigentümerhypothek ausgesprochen wird, nicht aus dem Grund ablehnen darf, weil die Entstehung und der Umfang der Eigentümerhypothek noch ungewiß ist. Meines Erachtens ist die Pfändung eines bedingten Rechtes zulässig. Die Eigentümerhypothek, welche aus einer Maxi-

malhypothek entstehen kann, ist ein bedingtes Recht. Sie ist bedingt dadurch, daß die Maximalhypothek von dem Gläubiger, zu dessen Gunsten sie bestellt ist, nicht oder nicht vollständig ausgebeutet wird. Natürlich wird dieser Gläubiger durch die Pfändung nicht gehindert, weiteren Kredit mit der Wirkung zu gewähren, daß sich die Maximalhypothek auch auf seine später entstandenen Forderungen erstreckt (vgl. RG. 19. März 1902 Entsch. in ZS. LI Nr. 25 S. 115 ff.).

3. **Wie wird die Pfändung einer eventuellen Eigentümerhypothek bewirkt?**

Durch Erlassung des Pfändungsbeschlusses ist die Pfändung des von dem Pfändungsbeschlusse betroffenen Rechtes noch nicht bewirkt. Ist das zu pfändende Recht eine Forderung, so wird die Pfändung erst bewirkt durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (ZPO. § 829 Abs. 3). Handelt es sich um die Pfändung einer Forderung, für die eine Briefhypothek besteht, so ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe oder die Wegnahme des Hypothekenbriefs erforderlich (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 1, 2). Soll eine Hypothek gepfändet werden, bei der die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, so ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3). Auf die Pfändung von Rechten, welche keine Forderungen sind, finden die Vorschriften über die Forderungspfändung entsprechende Anwendung (ZPO. § 857 Abs. 1). Die Pfändung der Rechte wird daher bewirkt durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Dritten, welcher dem zu pfändenden Rechte gegenüber als Verpflichteter (Quasi-Drittschuldner) in Betracht kommt; also z. B. durch Zustellung an den Eigentümer, wenn ein Nutzungsrecht an einer Sache gepfändet werden soll, oder durch Zustellung an die Mitberechtigten, wenn ein Anteil an einer Sache oder an einem Rechte Gegenstand der Pfändung ist. Nur, wenn ein Recht gepfändet werden soll, bei dem kein Quasi-Drittschuldner vorhanden ist, genügt zur Pfändung die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner [exequendus] (ZPO. § 857 Abs. 2). Die Pfändung einer Grundschuld erfolgt nach Analogie der Pfändung einer Hypothekenforderung; wenn die Ausstellung eines Grundschuldbriefs nicht ausgeschlossen ist, muß also zu dem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe oder Wegnahme des Briefes hinzukommen; andernfalls muß die Pfändung auf Grund des Pfändungsbeschlusses in das Grundbuch eingetragen werden (ZPO. § 857 Abs. 3 mit § 830 Abs. 1). In welcher Weise die Pfändung einer Eigentümerhypothek zu bewirken ist, ist bestritten. Nach der von dem Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[1]) vertretenen Ansicht finden auf die Pfändung einer Eigentümerhypothek die Vorschriften über die Pfändung einer Grundschuld Anwendung, woraus sich ergibt, daß zur Pfändung einer aus einer Briefhypothek hervorgehenden Eigentümerhypothek außer dem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe oder Wegnahme des Briefes und zur Pfändung der aus einer Buchhypothek hervorgehenden Eigentümerhypothek die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich ist. Nach anderer Ansicht soll zu der Pfändung einer Eigentümerhypothek die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner genügen.[1]) Ich habe mich schon in der 8. Auflage meines Kommentars zur ZPO., (d. i. in der 1. Auflage, die die Prozeßnovelle von 1898 und das BGB. behandelte) in Nr. 5 lit. b zu § 857 für die Ansicht ausgesprochen, welche nachher auch vom Reichsgerichte angenommen wurde, und habe in der 9. Auflage diese Ansicht ausführlicher begründet, da inzwischen neue Verteidiger der gegenteiligen Ansicht aufgetreten waren.

Für die aus einer Maximalhypothek entstandene Eigentümerhypothek ergibt sich von dem vom Reichsgericht vertretenen Standpunkt aus, daß die Pfändung einer solchen Eigentümerhypothek nur durch Eintragung in das Grundbuch bewirkt werden kann, denn die Maximalhypothek kann keine Briefhypothek sein (BGB. § 1190 Abs. 3 mit § 1185 Abs. 1). Was von der Pfändung einer bereits entstandenen Eigentümerhypothek gilt, muß aber logischer Weise auch von der Pfändung einer eventuellen Eigentümerhypothek gelten. Ich komme also zu dem Ergebnisse, daß die Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek, welche im Falle der Nichtausnützung der Maximalhypothek entsteht, nicht anders als durch Eintragung in das Grundbuch bewirkt werden kann. Nun soll aber nach GBO. § 40 eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Folglich darf die Pfändung der Eigentümerhypothek erst eingetragen werden, wenn die Hypothek als Eigentümerhypothek eingetragen ist. Der Gläubiger, welcher einen Pfändungsbeschluß in Ansehung der eventuellen Eigentümerhypothek erlangt hat, kann also die in diesem Beschlusse angeordnete Pfändung erst vollziehen, wenn die Eigentümerhypothek entstanden und auf den Eigentümer umgeschrieben ist. Er kann den Pfändungsbeschluß beim Grundbuchamt einreichen und die Eintragung der Pfändung für den Fall beantragen, daß aus der Maximalhypothek eine Eigentümerhypothek für den Schuldner entsteht.

---

[1]) Diese Rechtsprechung ist in dem Beschlusse des BayObLG., abgedruckt in Bd. I S. 351 dieser Zeitschrift zusammengestellt. Eben da sind auch die Schriftsteller zitiert, welche sich für diese Ansicht ausgesprochen haben.

[1]) Die Vertreter dieser Ansicht sind ebenfalls in dem Beschlusse des Obersten Landesgerichts (Bd. I S. 351 dieser Zeitschrift) angeführt. Anger, der noch in der 4. Aufl. von Petersens Kommentar die Ansicht vertrat, daß zur Pfändung der Eigentümerhypothek die Zustellung an den Schuldner genüge, akkomodiert sich in der 5. Aufl. N. 5 f. zu § 857 der Ansicht des Reichsgerichts.

Durch diese die Pfändung vorbereitenden Handlungen kann sich der Gläubiger gemäß GBO. § 46 den Vorrang vor Eintragungen wahren, die erst nach der Einreichung seines Antrags bei dem Grundbuchamte beantragt werden; aber ein Pfandrecht an der Eigentümerhypothek erwirbt er erst durch die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. Hat sich die Maximalhypothek ganz oder teilweise in eine Eigentümerhypothek verwandelt, wozu aber erforderlich ist, daß das Rechtsverhältnis, aus welchem zu sichernde Forderungen entstehen können, beendigt ist, so kann der Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Maximalhypothek in eine Eigentümerhypothek verlangen. Auch sein Vollstreckungsgläubiger selbst kann die Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen, wenn er in der Lage ist, die Bewilligung des Maximalhypothekars zur Umschreibung durch Urkunden, wie sie § 29 der GBO. verlangt, dem Grundbuchamte nachzuweisen (arg. GBO. § 14).

Kehren wir zu den an der Spitze dieser Abhandlung erwähnten Entscheidungen zurück, so finden wir, daß das Landgericht München I und das Reichsgericht die Möglichkeit, die Pfändung einer eventuellen Eigentümerhypothek in das Grundbuch einzutragen, verneinen, was mit dem Ergebnisse meiner Ausführungen übereinstimmt. In den Gründen der beiden Entscheidungen vermisse ich aber die Unterscheidung zwischen Erlassung des Pfändungsbeschlusses und Vollzug der Pfändung. Dagegen hat das Bayerische Oberste Landesgericht in seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905, durch den es mit Rücksicht auf FGG. § 28 die Entscheidung über die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte zuwies, sich zu der Ansicht bekannt, daß die Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek in das Grundbuch eingetragen werden könne. Diese Ansicht stützt das Oberste Landesgericht auf die Annahme, daß die Hypothek vermöge ihres Inhalts von vorneherein die Bestimmung habe, Eigentümerhypothek zu werden, weshalb hinter dem Gläubiger als zweiter Berechtigter der Eigentümer stehe. Demgemäß sei die Eintragung der Hypothek als Eintragung eines Rechtes mit zwei Berechtigten zu verstehen, einem gegenwärtigen, dem Gläubiger, und einem künftigen, dem Eigentümer. Der gegenwärtige Berechtigte werde in der Eintragung angegeben, in Ansehung des künftigen verweise die Eintragung auf die Eintragung des Eigentümers, durch die sie insoweit ergänzt werde. Damit sei der Vorschrift des § 40 der GBO. Genüge geleistet. Der schwache Punkt dieser Argumentation scheint mir nicht sowohl in der Konstruktion der Doppelberechtigung an der eingetragenen Hypothek, als vielmehr darin zu liegen, daß die Eintragung der Eventualberechtigung fingiert wird.

Zum Schlusse möchte ich die Praktiker, insbesondere die Anwälte, darauf aufmerksam machen, daß die Erwirkung eines Pfändungsbeschlusses in Ansehung der eventuell aus einer Zinsen- und Kostenkaution entstehenden Eigentümerhypothek für den Fall der Subhastation des haftenden Grundstücks keine praktische Bedeutung hat, wenn sich die Gerichte, wie zu erwarten ist, auf den Standpunkt des Reichsgerichts stellen. Steigert der Gläubiger, für welchen die Hypothek bestellt ist, das Grundstück ein, so entsteht aus der Maximalhypothek für die Zinsen und Kosten keine Eigentümerhypothek für den Schuldner; der Pfändungsbeschluß kann also nicht vollzogen werden. Ebenso verhält es sich, wenn nach den Versteigerungsbedingungen (vgl. ZVG. § 52 Abs. 1) oder auf Grund einer zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Ersteher getroffenen Vereinbarung (vgl. ZVG. § 91 Abs. 2) die Hypothek bestehen bleibt. Einigermaßen zweifelhaft ist, ob zu einer solchen Vereinbarung die Zustimmung des Eigentümers gehört, wenn das Meistgebot hoch genug ist, um die ganze, von dem Zinsenrückstand und den Kosten nicht absorbierte Maximalhypothek zu decken; man wird wohl die Zustimmung des Eigentümers in diesem Falle fordern müssen. Nicht erforderlich ist aber die Zustimmung des Dritten, welcher den Pfändungsbeschluß erwirkt hat; denn vor der Eintragung hat er kein Pfandrecht und während des Subhastationsverfahrens kann er die Pfändung nicht mehr ausführen lassen, da in diesem Verfahren eine Eigentümerhypothek nicht zum Eintrage gelangt. Aber auch, wenn die Hypothek, für welche die Zinsen- und Kostenkaution eingetragen ist, herausgesteigert wird und die Deckungssumme bar zu erlegen ist, kann der Beschluß, welcher die Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek vorbereitet, nicht vollzogen werden, weil keine Eigentümerhypothek, sondern nur ein Anspruch des Eigentümers auf den Versteigerungserlös entsteht, soweit die Maximalhypothek den Betrag der rückständigen Zinsen und der Kosten übersteigt. Dieser Anspruch kann gepfändet werden; aber dazu bedarf es neuen Pfändungsbeschlusses; denn der Anspruch auf den Erlös ist nicht identisch mit dem Rechte auf die eventuelle Eigentümerhypothek.

Schicksale einer Einrichtung bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks.

Von Dr. H. Serini, Juristischer Beirat des Allgemeinen Deutschen Versicherungsvereins in Stuttgart.

Ein Fall aus dem Zwangsversteigerungs-Recht, der in der Praxis der Rechtsanwälte häufig vorkommt und leider sehr oft falsch instruiert wird, ist folgender:

Der Klient hat für ein Grundstück eine Ein-

richtung[1]) (z. B. Rohrleitung, elektrische Anlage, Maschine, Badeeinrichtung, Ofen, Eisschrank usw.) geliefert, und sich das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten. Bevor die Einrichtung bezahlt ist, wird das Grundstück zur Zwangsversteigerung gebracht. Der Klient frägt, was er zur Sicherung seiner Rechte zu tun habe. Die Antwort wird von folgenden Erwägungen ausgehen müssen:

I. Zunächst ist die Vorfrage zu entscheiden: Ist die Errichtung

1. wesentlicher oder
2. unwesentlicher Bestandteil oder
3. Zubehör oder
4. nicht einmal Zubehör des Grundstücks?

Die Antwort auf diese Fragen nach dem BGB. (§§ 93 ff.) zu geben, ist im konkreten Falle sehr schwer, weil die Regelung dieser Materie wohl zu den am wenigsten glücklich geratenen des BGB. zählt. Man kann dies auch schon aus den vielen über diese Fragen entstandenen Prozessen und den daraus erwachsenen (z. T. widersprechenden) obergerichtlichen Entscheidungen entnehmen. Die Unterschiede zwischen den oben erwähnten Kategorien hier theoretisch auseinanderzusetzen, würde zu weit führen; es muß im konkreten Falle versucht werden, an Hand der vielen Entscheidungen die Lösung zu finden.

II. Hier soll nur die Rechtslage in den verschiedenen denkbaren Fällen klargelegt werden.

1. a) Ist die Einrichtung mit dem Grundstück dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher (= unselbständiger) Bestandteil (BGB. §§ 93—95) des Grundstückes geworden ist (z. B.: eingemauerte Kessel und Maschinen, ferner Rohrleitungen), so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstücke auch auf diese Sache, (BGB. § 946). Ein wesentlicher Bestandteil kann eben kein selbständiges Dasein führen. Der Eigentumsvorbehalt ist gegenstandslos; der frühere Eigentümer der Einrichtung behält bloß einen Bereicherungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer (BGB. §§ 951 $^{1}{}_{1}$, 812 ff.).

Wird die Liegenschaft auf dem Zwangswege veräußert, so läßt sich durch irgendwelche Einwendungen im Zwangsversteigerungsverfahren nichts mehr retten; auch wird der Ersteher von dem persönlichen Bereicherungsanspruch des Lieferanten der Einrichtung gegen den Subhastaten nicht im geringsten berührt.

b) Ein Einzelfall ist vom BGB. besonders geregelt. Hat der Lieferant die Einrichtung in Ausübung eines dinglichen (BGB. § 95 Satz 2) oder persönlichen (BGB. § 95 Satz 1) Rechts mit dem Grundstücke verbunden, so wird es sich nach der Definition des BGB. meist nicht um einen wesentlichen Bestandteil handeln können. Sollte die Einrichtung trotzdem als wesentlicher Bestandteil aufzufassen sein, so kann der Lieferant sie jedenfalls auf Grund von § 997 BGB. abtrennen und sich aneignen, wenn er in ihrem Besitz ist. Auf dasselbe läuft schließlich auch das Wegnahmerecht hinaus in den Fällen der §§ 500 BGB. (Wiederverkäufer), 547 $^{2}{}_{2}$, 581^{2} (Mieter, Pächter), 601$^{2}{}_{2}$ (Entleiher), 1049^{3} (Nießbraucher), 1216$_{2}$ (Pfandgläubiger), 2125^{2} (Vorerbe). Das Gemeinsame in allen diesen Fällen ist der Umstand, daß der Wegnahmeberechtigte zum mindesten den Besitz an dem Grundstücke haben muß.

Bei diesem besonderen Falle bleibt auch im Zwangsversteigerungsverfahren das Recht des Lieferanten der Einrichtung gewahrt.

2. Der zweite vielleicht denkbare Fall ist der, daß die Einrichtung unwesentlicher (= selbständiger) Bestandteil des Grundstücks ist. Diese Möglichkeit kann man sich übrigens schwer vorstellen. Denn entweder ist die Einrichtung beweglich: dann kann sie höchstens Zubehör nach §§ 97 ff. BGB. sein (s. nachstehende Ziff. 3); oder sie ist, sei es vorübergehend, sei es in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grund und Boden verbunden: dann ist sie regelmäßig kein Bestandteil des Grundstücks (§ 95 BGB.); oder sie ist dauernd und fest mit dem Grund und Boden verbunden: dann ist sie wesentlicher Bestandteil.

Sollte es aber doch einmal vorkommen, daß eine Einrichtung als unwesentlicher Grundstücksbestandteil aufzufassen ist, so werden ihre rechtlichen Schicksale ebenso sein, wie die des Zubehörs (vgl. nachstehende Ziff. 3), § 20 ZVG. in Verb. mit §§ 1120—22 BGB.; § 90^{2} ZVG.

3. Die am meisten umstrittene Frage ist die Zubehöreigenschaft einer Einrichtung; denn sie muß einmal gegen den verteidigt werden, der behauptet, die Einrichtung sei wesentlicher Bestandteil (Beispiel: elektrische Einrichtung, Maschinen), sodann aber auch gegen den, der aufstellt, die Einrichtung sei weder Bestandteil noch Zubehör (z. B.: Baumaterialien auf dem Baugrundstück, beweglicher Ofen, großer Eisschrank in einer Wirtschaft oder Metzgerei).

Die Bedeutung der Zubehöreigenschaft liegt bekanntlich

a) darin, daß sich die dingliche Haftung auch auf das Zubehör erstreckt — mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Grundstückseigners gelangt sind (BGB. §§ 1120, 1192^{1}, 1199; ZVG. § 20^{2}).

Beweispflichtig für diese Ausnahme ist aber derjenige, der sie behauptet (vgl. z. B. Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 271), hier also der Lieferant. Hat dieser also den Beweis für den Eigentumsvorbehalt nicht ganz sicher in der Hand, so wird er gut daran tun, ihn sich vor der drohenden Beschlagnahme noch zu sichern oder, wenn dies

[1]) Wie sich aus der Aufzählung der Beispiele ergibt, ist der Begriff „Einrichtung" hier wohl weiter als im BGB. § 258 aufzufassen.

nicht möglich ist, die ganze Einrichtung einfach wieder zurückzukaufen; er muß dann allerdings dafür sorgen, daß die ganze Einrichtung auch noch vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt wird und in seinen Besitz kommt. Denn das ist nicht nur von rechtlicher Bedeutung (BGB. § 1121, ZVG. § 55^{2}), sondern der Lieferant hat dann auch die tatsächlich viel gesichertere Stellung des beatus possidens.

b) Sodann ist die Zubehöreigenschaft deshalb von so großer Bedeutung, weil die Liegenschaftszwangsversteigerung und der Zuschlag die Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners befinden, auch dann mit umfaßt, wenn sie einem Dritten gehören, (es sei denn, daß dieser seine Rechte frist- und formgemäß geltend gemacht hat, s. u. Ziff. III 1), ZVG. § 55^{2}.

4. Schließlich ist es sehr wohl möglich, daß die Einrichtung weder Bestandteil noch Zubehör ist (Beispiele s. o. bei Ziff. 3 a. A.). Dazu werden außer denjenigen Sachen, die nicht unter die Definition von §§ 97 u. 98 BGB. passen, auch die im § 95 BGB. näher bezeichneten Sachen gehören, so daß man als allgemeines charakteristisches Merkmal dieser Kategorie von Sachen vielleicht die geringe Dauerbarkeit und die zu wenig intensive Zweckbestimmung ihrer Beziehungen zum Grundstück ansprechen kann.

Die Zwangsversteigerung des Grundstücks berührt diese Gruppe von Sachen überhaupt nicht (arg. e contr. § 20 ZVG. in Verb. mit §§ 1120 ff. BGB.). Der Lieferant einer Einrichtung unter Eigentumsvorbehalt wird daher immer das größte Interesse daran haben, diese im Fall einer Beschlagnahme des Grundstücks weder als Bestandteil noch als Zubehör des Grundstücks betrachtet zu sehen.

III. Auf welchem Wege muß nun der Eigentümer der Einrichtung seine eben unter Ziff. II. skizzierten Rechte geltend machen, falls das Grundstück schon beschlagnahmt und seine Einrichtung mit zur Zwangsversteigerung gezogen worden ist?

1. Ist das Grundstück noch nicht zugeschlagen, so muß zunächst die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens erwirkt werden, ZVG. §§ 55^{2}, 37 Ziff. 5.

a) Wegen einer Einrichtung wird sich wohl kaum die Aufhebung sondern nur die einstweilige Einstellung erzielen lassen. Zuständig zur Bewilligung der einstweiligen Einstellung ist gemäß ZPO. §§ 771, 769, 770 das Prozeßgericht, bei dem dann auch die Widerspruchsklage anhängig gemacht werden muß. (Rechtsmittel: sofortige Beschwerde ZPO. § 793.)

Wenn die betreibenden Gläubiger sehen, daß Ernst gemacht wird, so sind sie meist bereit, die Einrichtung freiwillig von der Versteigerung freizugeben, schon um in dem Verfahren weiter zu kommen und einen Prozeß zu vermeiden.[1]) Handelt es sich allerdings um wertvolle oder größere Einrichtungen, so wird meist unter den Beteiligten vereinbart, daß die Einrichtung mit versteigert wird, während der frühere Widerspruchsprozeß nunmehr über den Ersatz des (oft vereinbarten) Wertes der Einrichtung seinen Fortgang nimmt. Bei diesen Prozessen dreht es sich dann immer nur um die Frage, zu welcher der oben Ziff. I erwähnten Kategorien die Einrichtung zu rechnen ist.

b) In dringenden Fällen kann der Antrag auf vorläufige Einstellung gemäß § 769^{2} ZPO. (vgl. auch §§ 28 ff. ZVG.) auch beim Vollstreckungsgerichte gestellt und von diesem verbeschieden werden. Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts: Sofortige Beschwerde, dann weitere Beschwerde (§§ 95 ff. ZVG.).

Die Praxis lehrt, daß die Vollstreckungsgerichte die Neigung haben, Einstellungsanträge abzulehnen; es dürfte sich daher empfehlen, wenn möglich die Entscheidung des Prozeßgerichts gemäß obiger Ziff. III, 1, a anzurufen.

2. Der Einstellungsantrag ist noch zulässig bis zur Erteilung des Zuschlags (ZVG. § 87 Ziff. 5, s. auch § 33). Ist das Grundstück einmal zugeschlagen, so hat der Ersteher damit auch alle Zubehörstücke erworben, selbst wenn sie nicht dem Schuldner zu Eigentum gehörten (ZVG. §§ 90^{2}, 55^{2}; vgl. auch o. Ziff. II, 3, b). Wenn also der Lieferant einer Einrichtung es versäumt hat, seine Rechte in der oben Ziff. III, 1, angegebenen Weise geltend zu machen, so sind noch folgende Möglichkeiten denkbar:

a) Er behauptet, die Einrichtung sei weder Bestandteil noch Zubehör (vgl. o. Ziff. II, 4) und deshalb von der Zwangsversteigerung überhaupt nicht ergriffen worden — dann kann er die Herausgabe der Einrichtung mit der dinglichen Klage vom Ersteher fordern;

b) Oder er muß zugeben, daß die Einrichtung Zubehör ist, behauptet aber, er habe versäumt, seine Rechte frist- und formgerecht (s. o. Ziff. III, 1) geltend zu machen — dann muß man wieder zwei Fälle unterscheiden:

Ist der Erlös noch nicht verteilt, so tritt an Stelle des Rechts der Anspruch auf den entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses; dieser Anspruch ist spätestens im Verteilungstermin anzumelden (ZVG. § 114^{1}). Rechtsmittel gegen den Teilungsplan: für materielle Einwendungen Widerspruch (ZVG. § 115); wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften sofortige Beschwerde (ZPO. § 793; vgl. z. B. Rspr. d. OLG. 2, 238).

[1]) Ueber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Freigabe auf das Versteigerungsverfahren wirkt, darüber vgl. von der Pfordten, Komm. z. ZVG. S. 109. Die Frage wird demnächst vom Herausgeber in dieser Zeitschrift noch des näheren erörtert werden.



Hat aber auch die **Erlösverteilung schon stattgefunden**, so bleibt dem Lieferanten und frühern Eigentümer der Einrichtung nur noch der Bereicherungsanspruch nach §§ 816, 812 BGB., unter ganz besonderen Umständen ein Ersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nach § 823 BGB.

Dieser Anspruch ist gerichtet gegen denjenigen, der den Vorteil davon hatte, daß der dem Werte der Einrichtung entsprechende Teil des Versteigerungserlöses nicht vorweg abgezogen wurde, d. h. also gegen den letzten zum Zug gelangenden Gläubiger oder den sog. letzten Perzipienten (vgl. z. B. Jäckel, ZVG. Bemerkungen zu §§ 37 u. 38 a. E.).

Sind der letzte Perzipient und der Ersteher ein und dieselbe Person, hat also — anders ausgedrückt — ein Hypothekgläubiger das Grundstück erstanden, so kann er natürlich nicht einwenden, daß er von dem Erlöse gar nichts bekommen habe; denn er hat dadurch, daß er seine Schuld als Ersteher gegen seine Hypothekforderung aufrechnete, Deckung in sich selbst gefunden.

Da solche Bereicherungsklagen sehr mißlich sind, wird der Lieferant einer Einrichtung immer danach trachten müssen, seine Rechte von vorneherein form- und fristgerecht zu wahren.

Unterlassung nach schuldlos gesetzter Kausalität.

Von Landgerichtsdirektor **Rotering** in Magdeburg.

I.

Von der Hervorhebung der gemeingefährlichen Handlungen abgesehen, ist noch eine andere Einteilung möglich, die auf die Unterscheidung der absolut gefährlichen Handlungen und solcher zurückgeht, denen die Gefährlichkeit durch Vorrichtungen benommen werden kann, welche die Oekonomie in der Güterverwaltung noch gestattet. Soll aber auch den absolut gefährlichen Unternehmungen[1]) der Stachel der Gefahr gebrochen werden, so sind die Schutzmaßregeln entweder so zahlreich oder so kostspielig, daß sich das Unternehmen nicht lohnt, weil ein Einnahmeüberschuß nicht mehr abgeworfen wird. Ist aber das Interesse der Rechtsgenossen an der Fortsetzung jenes Unternehmens sehr groß, ist die Befriedigung wichtiger sozialer Bedürfnisse durch die gefährliche Handlung bedingt, so muß sie des Wagnisses ungeachtet durchgeführt werden. Hier wie so oft im Leben entsteht ein Gegensatz widerstreitender, miteinander ringender Interessen. Der Sieg neigt sich nach jener Seite, auf welcher die ringenden Kräfte am meisten schwer in die Wagschale fallen. Auf der Schale der durch das Unternehmen betroffenen Rechtsgüter aber gibt nicht allein die soziale Bedeutung der in ihrer Daseinsgewißheit erschütterten Interessen, vielmehr auch die Stärke der Erschütterung selbst, d. h. die Nähe der Gefahr den Ausschlag; nur wenn die durch das Unternehmen erzielten Vorteile verhältnismäßig groß sind, entspricht solches dem Verhalten des besonnenen Mannes,[1]) nur dann ermangelt es der Wirtschaftlichkeit nicht, nur dann mag auch der gute Hausvater sich seiner nicht entschlagen.

Das Leben aber kann solcher absolut gefährlichen sozialen Risikohandlungen nicht mehr entraten.[2]) Sie mehren sich seit jener Zeit, in welcher die technische Umwälzung bisher unbekannte Kräfte nutzbar zu machen beliebt. Nur hin und wieder hat auch die Gegenwart eine Wirtschaftsmaßnahme der früheren Gefährde entkleidet. Wir entschlagen uns doch jedes Bangens, welches weiland weitere Reisen einzuleiten pflegte. Nur die Seefahrt in unruhigen Gewässern, bei ungünstiger Fahrzeit weist auch heute noch eine besondere Rechtsnatur auf, welche in dem Grundsatze sich kundbart: navigare necesse est, vivere non necesse est. Das Leben der Einzelnen muß sich den großen Bedürfnissen der Menschheit opfern.

Die Gesetzgebung hat anerkannt, daß auch solche Gewerbe betrieben werden sollen, in Ansehung welcher die „Sicherung eines gefahrlosen Betriebs" nun einmal nicht zu erreichen ist. Gefordert wird dann nur, daß die Rechtsgenossen gegen Gefahren — insbesondere solche für Leben und Gesundheit — „soweit geschützt sind, wie es die Natur des Betriebs gestattet."[3])

Diesen absolut gefährlichen sogenannten Risikohandlungen entgegen stellt das Gesetz ganz andere Anforderungen an den handelnden Menschen, wenn der Kraft- und Kostenaufwand, welchen die „Sicherung eines gefahrlosen Betriebs" erfordert, nicht als unverhältnismäßig erscheint.

Hier vielmehr gilt vorweg der Satz „Gefahrlos ist der Entschluß nur, solange er im Innern des Menschen verblieben".[4]) Von dem Augenblicke des ersten auf Veränderung hinzielenden Eingreifens in die Außenwelt an bis dahin, wo nicht die Körperbewegung des Handelnden, vielmehr der ins Rollen gebrachte Kausalismus abbricht, entsteht und besteht für den Handelnden eine obligatio ad faciendum, und zwar in der Richtung, daß durch positive Schutzmaßregeln die Verletzung in der fremden Rechtssphäre abgewendet wird, falls nicht die Einstellung der Tätigkeit vorgezogen wird. Es handelt der Mensch von jenem ersten Augenblick an, bis die von ihm in Bewegung gesetzte Kraft erlahmt, und er ist verantwortlich für die Folge, welche sich bis dahin entwickelt. Die Voraussetzung der öffentlichen Klage wegen Verletzung der Freiheit, körperlichen Integrität oder des Vermögens auf

[1]) Finger, Begriff der Gefahr S. 44.

[1]) v. Bar, Kausalzusammenhang S. 15.

[2]) Finger, Lehrbuch I S. 105, 265, 271. Abh. des Verf. Jur. Vierteljahrsschrift, Wien 1898 S. 92 u.

[3]) § 120a GewO., 62 HGB.

[4]) Binding, Normen II S. 99.

der subjektiven Seite des verletzenden Gebahrens ist die Schuld. Und nach den Grundsätzen der lex aquilia sowohl als der bestimmten Anforderung des § 823 BGB. kann die Entschädigungspflicht nur auf gleicher Ebene erwachsen. Gegen die „schuldlosen Urheber widerrechtlicher Zustände" erwächst sie eben nicht.

Nun aber ereignet es sich so oft im vielgestaltigen Leben, daß die Ursache zu einer Rechtsverletzung gesetzt wird zu einer Zeit, in welcher der Handelnde außer Lage ist, diese auch als eine nur mögliche vorauszusehen und demgemäß zu vermeiden,[1]) daß aber mit der Erkenntnis der wahren Sachlage der Rechtsumschwung sich vollzieht, wie wenn der bonae fidei possessor nachträglich in bösen Glauben versetzt wird, damit besondere und neue Verpflichtungen überkommt.[2])

Der Reichtum des Lebens bietet der Beispiele genug. Es ist gestattet, sie in zwei Gruppen zu teilen, von denen die erstere mit dem vollendeten Verletzungserfolge zu rechnen hat, dessen Umfang jedoch der Erweiterung nicht unfähig ist, falls Schutzmaßregeln nicht eingeleitet werden. Die zweite Gruppe betrifft die Situation der ohne den bereits eingetretenen Unfall erst hervorgerufenen Gefährdung aber unter solchen Umständen, daß der Gefährdende ohne Schuld die Zügel in der Leitung der Dinge aus der Hand gegeben, wohl aber der Unfall von denjenigen noch abgewendet werden kann, welche in die Situation eingetreten sind. Es fällt in jene erste Gruppe die Rechtslage des Fuhrwerkslenkers, welcher ohne Schuld bei Nacht und Nebel den trunkenen Vaganten auf der Landstraße überfahren hat, wenn dieser jetzt erfrieren kann,[3]) des früheren Beamten, welcher eine Verhaftung vorgenommen, später in Erfahrung bringt, daß eine Namensverwechslung vorliegt,[4]) die nur der Verhaftete verschuldet hat, des Försters, wenn er auf den Wilddieb geschossen,[5]) von welchem er sich bedroht glaubte, und der jetzt hilflos liegen bleibt, des Knechtes, welcher ohne Schuld auf eine Zündmasse tretend, den Brand des in der Scheune lagernden Strohs verursachte, des Zeugen, durch dessen eidliche Aussage Verurteilung und Strafvollstreckung gegen einen Schuldlosen in die Wege geleitet sind, wenn der Zeuge nachträglich seinen entschuldbaren Irrtum erkennt. Die Gruppe anderer Handlungen ist mit jener ersteren insoweit verwandt, als diese eine geschehene Verletzung unterstellt, die aber der Gefahr nicht ermangelt, daß sie sich an Stärke oder Umfang erweitert, während hier erst die Gefahr einer Rechtsgüterverletzung in der fremden Rechtssphäre durch eine schuldlose Handlung erzeugt, immer also konkrete Gefährdung unterstellt ist. So wenn der Apotheker das Heilmittel bereits abgegeben hat, jetzt aber erfährt, daß infolge Versehens seines Gehilfen ein schädlicher Stoff eingemischt worden, wenn der Bergmann die Bergarbeiter an Ort bestellt hat und nachträglich erfährt, daß die Arbeitsstelle durch Entwickelung der Berggase eine Lebensgefahr aufkommen läßt. Oder dem Transportunternehmer wird die Gefährlichkeit eines von ihm eingeleiteten Transports erst nachträglich bekannt gegeben, der Verleiher eines Jagdgewehres erfährt, daß es von einem Unbefugten vorher geladen worden, der Brückenarbeiter hat dem Wanderer den Weg über die Brückenfahrt gezeigt, jetzt wird ihm mitgeteilt, daß diese durch Eisgang gefährdet ist. Oder dem Fleischer wird angezeigt, daß seine Gesellen aus verdorbenem Vorrat die an bekannter Stelle abgesetzte Ware zubereitet haben, dem Schiffer, daß auf das abgefahrene Schiff Dynamit verladen ist, dem Verleiher eines Gerüstes, daß aus Böswilligkeit die Schrauben durchgefeilt worden sind.

In allen diesen Fällen ist als Voraussetzung gegeben, daß ein zu weiterer Rechtsverletzung überleitender Unfall in der fremden Rechtssphäre bereits hervorgerufen oder in ihr eine solche Veränderung erzeugt ist, welche als eine Gefährdung der rechtlichen Interessen zu erkennen ist, daß ferner denjenigen, welcher diese Lage geschaffen hat, eine Schuld, mindestens Vorsatz, nicht trifft und daß die Abwendung eines weiteren Schadens oder eines Unfalls überhaupt zu einer Zeit noch möglich ist, in welcher der Handelnde die Gefahr erkennt. Macht hier, diese Frage drängt sich auf, die Unterlassung einer die Erfolgesabwendung bewirkenden Tätigkeit strafrechtlich und zivilrechtlich verantwortlich?

Wird derjenige, welcher jene Veränderung geschaffen, solange als in der fremden Rechtssphäre wirkend gedacht, als der von ihm auch durch Irrtumserregung[1]) in der Person der Gefährdeten ins Rollen gebrachte Kausalzusammenhang noch läuft[2]) und zum Unfall — einer Rechtsgutsverletzung oder deren Erweiterung — noch hintreibt, so befindet er sich objektiv im Unrecht ebenso, wie ich im Unrecht[3]) — Nichtrecht — verharre, wenn ich infolge entschuldbaren Irrtums in ein fremdes Hotelzimmer gerate oder gar jenseits meiner Grundstücksgrenze Rüben grabe oder in-

---

[1]) Oder in welcher der Täter die Sachlage mindestens nicht erkannte, wenn vielleicht auch hätte erkennen können. Die vorsätzliche rechtspflichtwidrige spätere Unterlassung löst die bisherige Fahrlässigkeit aus.

[2]) Binding, Normen I S. 249; v. Schwarze, Komment. Exkurs VII. Das Fortwirkenlassen, „Geschehenlassen" der selbst erzeugten Kausalität. Berner, Lehrb. Abschn. 16. Gegensatz: Unterlassen des fremden Zuschauers. Kohler, Studien I S. 49.

[3]) Binding, Normen II S. 263 Note.

[4]) ERG. 24 S. 339; Frank, Kommentar S. 1 IV.

[5]) v. Schwarze, Komment. Exkurs VII; Kohler S. 60.

[1]) Loening, Grundriß S. 13. Begehung durch Benutzung der Körperkräfte des Verletzten selbst. Glaser, Abhandlungen S. 306.

[2]) v. Rohland, Strafbare Unterlassung S. 39. Ferner v. Schwarze, Komment. Exkurs VII. Wahlberg, Strafrecht III S. 264 u. f.

[3]) Binding, Normen I S. 245.

folge falschen Anweisezettels das fremde Holz aus dem Walde hole. Und dieses Nichtrecht wandelt sich zum Unrecht auch im Sinne schuldhaften Gebahrens, ja zum Delikt, sobald ich, die Rechtslage erkennend, mich nicht aus der fremden Rechtssphäre zurückziehe. Hierzu genügt bald die bloße Untätigkeit, ich nehme das fremde Holz eben nicht, oder nur ein positives Tun, ich verlasse das fremde Zimmer, ich lade die schon gegrabenen Rüben, das aufgeladene Holz wieder ab von meinem Wagen.

Will ich nun, was die vorbezeichnete erstere Handlungsgruppe betrifft, aufhören, in dem Interessenkreise des anderen ebenso schädlich als rechtswidrig zu wirken, will ich mich aus ihm, als wie ohne Befugnis im fremden Raume verweilend entfernen, so muß ich dem überfahrenen Vaganten Hilfe bringen, als früherer Beamter die Entlassung des Verhafteten beantragen, als Förster den Unfall melden.[1]) Ich muß als gutsherrschaftlicher Knecht[2]) den Brand in der Scheune löschen, als Zeuge den Irrtum anzeigen, der meine Aussage beeinflußte.

Oder, und das betrifft die zweite Handlungsgruppe, ich muß als Apotheker das Heilmittel zurückverlangen, als Bergmann die Einfahrt abbestellen, als Schiffer das Dynamit ausladen. Für die anderen Schulbeispiele genügt vielleicht die rechtzeitige Anzeige an die Gefährdeten, damit sie sich vorsehen.

Wie beurteilt sich nun das Wirkenlassen der in Bewegung gesetzten Kräfte oder das Unterlassen der entsprechenden Gegenwirkung nach dem Standpunkte der jeweiligen Doktrin?[3])

Mit dem Hinweise darauf, daß die nachfolgende Unterlassung — das Nichthandeln — nicht kausal sein könne, mithin ein juristisches Null darstelle und diesem in der schuldlosen Handlung ein weiteres Null vorausgehe, hat zunächst Merkel[4]) die Verantwortlichkeit verneint, soweit nicht „die Integrität des anderen in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der entsprechenden Handlungen gestellt" worden.

Wenn wir die Lage des anderen hervorgerufen haben, indem wir uns einsetzten für den aus dieser hervorgehenden Unfall, so ist der Letztere gegebenenfalls das Ergebnis unseres nicht schuldlosen positiven Gebahrens, damit ergibt sich die Verantwortlichkeit von selbst.[5]) Allein auch andere Rechtslehrer haben das Problem nicht umgangen und eine aus der Unterlassung der Gegenwirkung sich entringende Verantwortlichkeit nicht verneint. Unterschied der Ansichten besteht nur in der Begründung der an die bloße Unterlassung sich anlehnenden Kausalität.

[1]) Glaser, S. 302. Kohler, S. 60.

[2]) Glaser, S. 299.

[3]) Die Judikatur sprach schlechtweg von dem Hervorrufen des Erfolgs durch rechtswidrige Unterlassung. Plenar-Entsch. d. O.-Trib., preuß. Just.-Min.-Bl. 1860 S. 423. ERG 10 S. 101 und 16 S. 260 infolge der nachwirkenden Rechtsanschauung Feuerbachs.

[4]) Abhandl. S. 83.

[5]) Merkel betont jedoch nur die Zurechenbarkeit. Aber es kann nicht aus dem Erfolge rückwärts auf eine (also eventuelle) Schuld der Schluß gezogen werden; v. Rohland S. 39. Voraussehbarkeit, noch nicht Schuld. Binding, Normen II S. 217.

Abgesehen von der Ansicht Ludens, welcher die Kausalität in dem positiven Tun findet, welches an die Stelle der von Rechtswegen vorzunehmenden Handlung eintritt (v. Liszt) oder v. Rohlands, welcher an die Stelle des Naturkausalismus die Pflichtmäßigkeit als Rechtskausalismus eintreten läßt,[1]) findet Glaser[2]) die Kausalität in dem nicht zu trennenden positiven und demnächstigen negativen Verhalten des Verursachenden und es soll hinreichen, wenn nur das Letztere unter der Signatur der Schuld steht, (dolus subsequens). Hälschner, Janka[3]) und v. Buri unterstellen als das verursachende Moment die bloß innere Handlung der Unterdrückung des zur entsprechenden Gegenwirkung treibenden Pflichtbewußtseins. Diesen Rechtsanschauungen entgegen wird die Kausalität der Unterlassung schließlich ganz preisgegeben und auf eine ungenaue Ausdrucksweise der Gesetzgebung verwiesen, welche das Wort verursachen verwende. Wie auch das „Verschulden" in ungenauer und unklarer Scheidung des subjektiven Begehens vom Begangenen auf das gesamte Verhalten als Ursache des Delikts hindeute, so deute das Verursachen auf die alternative Begehungsweise des Bewirkens und Nichtverhinderns, die Verantwortlichkeit überhaupt hin.[4])

So anfechtbar diese Ausführung von vorneherein erscheinen könnte,[5]) ist doch nicht zu verkennen, daß sich das Rechtsphänomen im BGB. wiederholt, wenn § 830 die Verantwortlichkeit der Mittäter hervorhebt, welche durch „eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht" haben. Denn diese unerlaubte Handlung dürfte doch die pflichtwidrige Unterlassung mitumfassen.[6]) §§ 826—828 und 831 bezeichnen den Schaden nicht als verursacht, vielmehr nur als einem anderen zugefügt. Neben Loening will denn auch Beling die Strafgesetze so auslegen, daß das Verursachen und das Nichtabwenden des Erfolgs nach natürlicher wie juristischer Auffassung als gleichwertig zu erachten.[7])

[1]) Die Rechtsanschauung Feuerbachs und Preuß. StGB. StGB. Oesterreich 335. Hannover 233. Württemberg 236. Jedoch Glaser S. 318.

[2]) Abhandl. aus dem österreich. StR. S. 312.

[3]) Janka, Oesterreich. StR. § 42.

[4]) Landsberg, Kommissivdelikte S. 22. Aber Loening. Grundriß S. 17, 22. „Schuld an einem — für einen Erfolg." StGB. für Finnland, Kapit. 21, 10 und 22, 2—3.

[5]) Finger, Lehrb. I S. 292.

[6]) v. Liszt, Deliktsoblig. 21, 35, 72.

[7]) Beling, Grundzüge S. 23. Andere StG. heben das Unterlassen ausdrücklich hervor. Oesterreich, StGB. 139. Soloturn, 155. New-York, 289 Preußischer Entwurf § 7 und § 222.

II.

Wie stellt sich nun — diese Frage drängt sich auf — die Rechtslehre zu dem Problem, welches zum Gegenstande dieser Betrachtung erhoben ist?

Und wenn die Verantwortlichkeit für den aus dem früheren, jedoch schuldlosen (jedenfalls vorsätzlichen) Tun sich entwickelnden Erfolg bejaht wird, — welche Opfer hat sodann der zu einer adäquaten Gegenwirkung verpflichtete frühere Täter zu legen auf den Altar menschenfeindlicher Dämonen?

Wenn zunächst Glaser jene Verpflichtung zur Komplementärtätigkeit bejaht, so ist jedoch die Möglichkeit eines dolus subsequens als eine unzulässige Fiktion zurückgewiesen.[1]) Hingegen hat schon Binding angemerkt,[2]) wie oft der schuldlos Handelnde für verpflichtet erklärt wird, die zu rechtswidrigem Erfolg treibende Kausalität zu vernichten. Loening bezeichnet[3]) die Verpflichtung zur Abwehr der „durch schuldlose Tätigkeit heraufbeschworenen Gefahren als Bestandteil der allgemeinen Reparationsverbindlichkeit". Auch v. Schwarze erkennt diese Pflichten an, und Finger[4]) scheint die in Frage gestellte Verantwortlichkeit nicht zu verneinen, wenn auch das StGB. nur geringe Anhaltspunkte für die Erörterung des Problems uns darbiete. v. Buri aber stellt sich entschieden auf den Standpunkt der Bejahung und betont zugleich hinsichtlich des Maßes der Reparationsverbindlichkeit, es handele sich nicht um eine von vorneherein strafbare Handlung, deren Erfolg unter allen Umständen abzuwenden sei. In Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen müsse die Regel des Lebens entscheidend sein für das Maß dessen, was zur Abwendung der Gefahr zu geschehen habe. Eine Lebensgefahr war nicht zu übernehmen, triftige Gründe führten zur Straflosigkeit, so der unverhältnismäßige Kostenpunkt.[5])

Eine die Interessen nach beiden Seiten hin in verständige Rücksicht ziehende Ueberlegung dürfte zu folgendem Ergebnisse überleiten.

In demselben Augenblicke zunächst, in welchem das Hinwirken auf Abwendung der Gefahr oder einer weiterhin sich entwickelnden Rechtsgüterverletzung für den Handlungspflichtigen zu einer solchen Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen führt, welche Straflosigkeit schon aus dem Gesichtspunkte des § 54 StGB. zusichert, ist die Anwendung dieses Schuldausschließungsgrundes zweifelsfrei, weil die Situation selbst ohne Schuld des Täters hervorgerufen ist.

[1]) Binding, Normen II S. 219. Janka, Oesterr. StRS. 190. Finger, S 263.
[2]) Binding, l. c. S. 95.
[3]) Loening, Grundriß S. 20.
[4]) Finger, S. 292.
[5]) v. Buri, Kausalität S 100; die spätere Unterlassung kann auch infolge Fahrlässigkeit strafbar machen, wo diese Schuldart genügt.

Wenn ferner die auf Abwendung der Gefahr gerichtete Komplementärtätigkeit ein Opfer an Kraft und Kosten voraussetzen würde, welches als unverhältnismäßig[1]) gegenüber dem zu erzielenden Erfolge nach vernünftiger dem Durchschnittsurteil entsprechender Wertschätzung zu bezeichnen ist, so unterbleibt sie mit Recht. Denn wo auch im Rechts-, im Gesellschafts- und im Wirtschaftsleben die Interessen zusammenstoßen, darf das zu rettende Lebensgut niemals minderwertig sein gegenüber dem aufgeopferten. Wenn auch mit Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs und die Wichtigkeit der bedrohten Rechtsgüter die Postulate der Notwehr und des Notstandes[2]) hier abweichen, diejenigen des zivilen Notrechts (§ 904) unterstellen wiederum, daß der Schaden, welcher befürchtet wird, „unverhältnismäßig groß ist" gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Nachteil.

Diesem Gesichtspunkte entgegen verweist § 228 auf das Verhältnis des zu rettenden und des aufzuopfernden Lebensguts, es darf „der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr" stehen. Schon bei solcher Lage der Umstände nämlich muß die Unterlassung der komplementären Handlung als ein rechtlich bedeutungsloses Gebahren[3]) erklärt werden. Die Wage des Rechts befindet sich im labilen Gleichgewicht, als schuldhaft ist das Unterlassen der rettenden Tat noch nicht nachgewiesen. Beachtlich indessen erscheint,[4]) daß die mammonistischen Interessen vorweg minderwertig sind gegenüber Leib und Leben, mag auch hinsichtlich unbedeutender Körperverletzungen eine Schranke möglich sein. Die Richtigkeit der Hinweisung darauf, daß die Komplementärtätigkeit sich erschöpfe in der Anwendung leichterer Mittel, läßt sich nicht behaupten, wenn auch die Situation es bedingt, daß recht oft die bloße Anzeige von dem Unfall oder der Gefährdung, sei es als Warnung, sei es als Aufforderung an hilfepflichtige Personen oder die Behörde, als zureichend erscheinen wird.

Das Ergebnis läßt sich vielmehr nur dahin präzisieren, daß niemals ein Opfer verlangt werden kann, welches dem zu erhaltenden Rechtsgut entgegen nach dem durchschnittlichen Werturteile als ein unverhältnismäßig hohes erscheint. Aber auch bei bloßer Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen kann eine Komplementärtätigkeit nicht, mindestens nicht bei Strafe gefordert werden. Hier vielmehr entscheidet die Lebensregel: Jeder ist sich selbst der Nächste.

III.

Die vorstehende Betrachtung bedarf nach mehrfacher Richtung der Präzision. Ich bin keines-

[1]) Vergl. auch § 251 BGB.
[2]) Anders für Notstand, Binding, Handb. S. 770 und f.
[3]) Beling Grundzüge S. 29.
[4]) Finger l. c. S. 396.

wegs verpflichtet[1]) zur Abwendung eines in aller Zukunft aus meiner schuldlosen Handlung hervorgehenden Unfalls oder Rechtsnachteils. „Denn die Kausalität, objektiv genommen, läuft in alle Unendlichkeiten hinaus.“ Für Unfall und Unfallsfolgen, welche aus dem Gebrauch einer Waffe sich entwickeln, darf der Waffenfabrikant nicht einstehen. Vielmehr in dieser Richtung gilt der von Merkel[2]) aufgestellte Rechtssatz: „irgend eine nachträglich auf Grund einer zufälligen Verkettung von Umständen hervorgetretene Gefahr“ liegt außerhalb derjenigen Rechtsbasis, aus welcher eine Verantwortlichkeit sich entringen kann. Vielmehr nur diejenige schuldlose Handlung steht im Vordergrunde dieser Betrachtung, welche, als sie gesetzt wurde, nach ihren damaligen Eigenschaften schon gefährlich war, ein Eingreifen in den Rechtskreis der Rechtsgenossen damals darstellte. Nur daß jene Eigenschaften dem Handelnden ohne dessen Schuld noch unbekannt blieben. Nur bei dieser Rechtslage war die Handlung ein Nichtrecht, spätere Umstände verliehen ihr diese Rechtsnatur mit nichten.

Aber dann auch ermangelt eine Handlung der Rechtswidrigkeit, wenn das positive Recht sie erlaubt. Die Notwehr, die Notrechtsausübung und Selbsthilfe (§§ 227--230, 859, 904 BGB.)[3]) sind ein Angriff auf den fremden Rechtskreis; aber sie sind trotzdem Rechtsausübung. Wer in dieser Rechtslage den Gegner verwundet, handelt unsittlich, wenn er ihn in der Hilflosigkeit verläßt. Allein es erwächst ihm keine Verpflichtung zur Abwendung weiterhin zu befürchtender Rechtsnachteile. Vielmehr — von dem Gesichtspunkte der Illoyalität zunächst abgesehen — die Rechtslage ist geschlossen: qui jure suo utitur neminem laedit.

Schließlich aber sei angemerkt, daß, wo die Aufwendung der Komplementärtätigkeit durch Vertrag, durch Amts- oder Dienstpflicht übernommen ist, mit der Begründung aus anderer Rechtsbasis heraus auch der Inhalt der Verpflichtung sich ganz selbständig beurteilt. Und zwar gilt das unzweifelhaft sowohl strafrechtlich als auch nach den Grundsätzen ziviler Rechtsauffassung.

Auch ist nicht zu verkennen, daß ausnahmsweise selbst im Falle des durch Notwehr erlaubten Eingreifens in die fremde Rechtssphäre das Unterlassen der Abwendung fernerer Nachteile aus dem Gesichtspunkte der Illoyalität (§ 826) eine besondere Entschädigungspflicht begründen kann, wie wenn der Angreifer vielleicht selbst in einem Irrtum befangen war und es allgemein als unsittlich empfunden werden müßte, sollte ihm jetzt jede Hilfe versagt bleiben.

Nicht zweifelhaft endlich erscheint, daß eine zivile Entschädigungspflicht dem durch eine strafbare Unterlassung Verletzten erwachsen muß. Es ist nicht unbeachtlich, daß § 823 Abs. 2 eine solche selbst da entstehen läßt, wo die strafrechtliche Haftung für dem Leben, dem Körper oder der Gesundheit zugefügte Verletzungen noch aussteht. Denn die schuldhafte Uebertretung einer Polizeivorschrift im Sinne dieses Gesetzes läßt nicht ausnahmslos die Postulate einer fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung erkennen. So ist die zivile Haftpflicht eine vornehmlich strenge.

Nun ist aber die strafbare Handlung dem Begriffe entsprechend, rechtswidrig — Ausnahmen hinweggedacht — mit Schuld gesetzt. Wird aber die Kausalität der Unterlassung nicht geleugnet, oder werden die Gesetze extensiv als auf ein alternatives Gebahren des Verursachens oder Nichtverhinderns abgestellt ausgelegt, so sind die Voraussetzungen der Verletzung rechtlicher Interessen im Sinne des § 823 BGB. gegeben. Gleichwohl ist anzuerkennen, daß eine Schadensersatzforderung sich mannigfach auf anderer Rechtsbasis wird begründen lassen, daß die unbestimmte Fassung des § 826 wenigstens die vorsätzliche Unterlassung der Komplementärtätigkeit als Illoyalität zur Grundlage der Klage umzugestalten gestattet.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zu Art. 13 EG. z. BGB. Gemäß dem Art. 13 EG. z. BGB. werden die materiellen Erfordernisse für die Zulässigkeit und Gültigkeit der Eingehung einer Ehe, soferne auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates, dem er angehört, — nach der lex patriae — beurteilt. Kommen hierbei Rechtsgebiete in Frage, in denen das katholische Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe staatliche Anerkennung genießt, so erlangt jene Vorschrift eine weittragende Bedeutung, die in der Praxis nicht selten übersehen wird. Dies trifft namentlich dann zu, wenn einer der Verlobten die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt. Es möge gleich hier bemerkt werden, daß die Haager Konvention von Oesterreich noch nicht ratifiziert worden ist. Der § 62 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches statuiert, gleich dem § 1309 BGB., das Ehehindernis des Ehebandes (impedimentum ligaminis); jeder, der schon verehelicht war und sich wieder verehelichen will, muß die gänzliche Auflösung des Ehebandes rechtmäßig beweisen. Der § 111 a. b. GB. aber bestimmt, daß eine Ehe nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden kann, wenn auch nur ein Teil zur Zeit der Abschließung der Ehe der katholischen Religion zugetan war oder wenn beide Teile zu jener Zeit akatholisch waren, im Laufe der Ehe aber katholisch geworden sind. Waren beide Teile zur Zeit der Abschließung der Ehe akatholisch und ist im Laufe der Ehe nur ein Teil zum Katholizismus übergetreten,

[1]) Landsberg, Kommissivdelikte S. 261. v. Bar, Kausalzusammenhang S. 100.

[2]) Merkel, Lehrb. d. StR. S. 116.

[3] Nicht auch dieselben Schuldausschließungsgründe mit Rücksicht auf bloße Putativität. Auch Notstand, falls er nicht bloß die Strafe ausschließen soll.

so ist gemäß dem § 116 a. b. GB. die Ehe trennbar für den akatholischen Teil, untrennbar dagegen für denjenigen, welcher katholisch geworden ist. Eine selbstverständliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Sätze ist die Gültigkeit der früheren Ehe. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß in Oesterreich, wie bei uns, hinsichtlich der Form der Eheschließung die Regel gilt: locus regit actum (v. Stubenrauch, Kommentar z. österr. a. b. GB., 8. Aufl., Wien 1902 I S. 28 Fußn. 1 mit S. 100); demnach sind auch die außerhalb Oesterreichs geschlossenen Zivilehen unter den angegebenen Voraussetzungen nach österreichischem Recht unlöslich. Andererseits ist die Wirksamkeit der Ehescheidung in Oesterreich — im Gegensatze zu der Regel des Art. 17 EG. z. BGB. — ausschließlich nach dem österreichischen Recht zu beurteilen, sodaß das katholische Prinzip der Unlöslichkeit der Ehe auch durch eine im Ausland vollzogene Scheidung nicht durchbrochen werden kann (vgl. v. Stubenrauch a. a. O. S. 101). Das impedimentum ligaminis ist indispensabel (v. Stubenrauch a. a. O. S. 157). Die äußerste Konsequenz aus jenem Prinzipe wurde in der Deklaration vom 26. August 1814 gezogen, derzufolge sogar ein nach österreichischem Rechte gültig getrennter akatholischer Ehegatte bei Lebzeiten des anderen Ehegatten eine katholische Person nicht ehelichen kann (Ehehindernis des Katholizismus). Auch dieses Ehehindernis, das sich nur als eine Unterart des impedimentum ligaminis darstellt, dürfte indispensabel sein. — An alle diese Grundsätze nun sind nicht nur die österreichischen Behörden, sondern zufolge des eingangs erwähnten Art. 13 EG z. BGB. auch die deutschen Behörden gebunden. Dies gilt auch dann, wenn die frühere Ehe in Deutschland unter Berücksichtigung des Art. 17 EG. z. BGB. geschieden worden ist; denn für die Beurteilung der Frage, ob nach ausländischem Recht das impedimentum ligaminis besteht oder nicht, kommt es lediglich darauf an, ob das ausländische Recht die Ehescheidung als wirksam anerkennt. Das Ergebnis der Erörterungen läßt sich kurz dahin zusammenfassen: Eine Eheschließung zwischen zwei Personen, von denen eine schon früher mit einem jetzt noch lebenden Gatten verheiratet war und von denen eine die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt, ist unmöglich, wenn auch nur einer der geschiedenen Ehegatten zur Zeit der Schließung der früheren Ehe oder der als Bewerber auftretende geschiedene Ehegatte zur Zeit der Trennung der früheren Ehe katholisch war, oder wenn der dem geschiedenen Ehegatten gegenüberstehende Bewerber katholisch ist. Durch die Nichtbeachtung dieser Rechtslage sind schon manchen Ehebewerbern unnötige Kosten verursacht worden. Es wird sich insbesondere empfehlen, bei der Behandlung von Gesuchen um Befreiung vom Ehehindernisse der Ehemündigkeit, der Wartezeit oder des Ehebruchs hierauf Rücksicht zu nehmen, und die Gesuchsteller darüber zu belehren, daß selbst durch eine Bewilligung des Dispensgesuchs das Ehehindernis des Ehebandes und des Katholizismus nicht beseitigt werden würde.

Wachinger,
Staatsanwalt am Oberlandesgerichte München.

Zur Gebührenbewertung der Elterngutsverträge. Hat sich der überlebende Eheteil mit minderjährigen Kindern auseinanderzusetzen und gehört zum Nachlaß des verstorbenen Ehegatten Grundvermögen, so wird der Vertrag meistens in der Weise abgeschlossen, daß die Kinder ihre Erbanteile dem Vater bzw. der Mutter abtreten, wogegen ihnen die Zahlung einer bestimmten Summe als Vater- oder Muttergut versprochen und hiefür Hypothek auf dem Grundbesitz bestellt wird. Daran, daß für solche Rechtsgeschäfte die Immobiliargebühr nach Art. 146 GebG. nicht anfällt, hat das Oberste Landesgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Konsequenz gezogen und den Satz aufgestellt, daß in diesen Fällen eine gebührenpflichtige Besitzveränderung am ganzen Immobiliarnachlaß stattfinde. Die mit dieser Behandlung verknüpften großen Härten werden jedenfalls durch die angekündigte Novelle zum Gebührengesetz beseitigt. Wenn Art. 146 für die Bewertung der erwähnten Verträge ausscheidet, dann kann nur die einfache Vertragsgebühr nach Art. 145 oder die Hypothekbestellungsgebühr nach Art. 154 in Frage kommen. Das Oberste Landesgericht hat in früheren Entscheidungen (Samml. n. F. Bd. 4 S. 188, 766, Bd. 5 S. 660) die Vorschrift des Art. 154 für anwendbar erklärt. In einer Reihe von Entscheidungen neueren Datums (Samml. Bd. 5 S. 711, Bd. 6 S. 20, 27, 104 u. a.) ist jedoch der Standpunkt vertreten, daß nur die Gebühr des Art. 145 aus dem reinen Wert des abgetretenen Erbanteils verlangt werden kann. Begründet ist diese Ansicht damit, daß die Bestellung einer Hypothek zur Sicherung der Ansprüche der Kinder auf das vereinbarte Elterngut ein von der Verfügung über die Erbanteile unabhängiges Rechtsgeschäft im Sinne des Art. 183 Abs. 1 GebG. sei, daß aber die im Abs. 2 vorgesehene Ausnahme zutreffe, wonach eine Gebührenpflicht nicht bestehe für Verbindlichkeiten, die nur „als Bedingungen d. h. Bestimmungen des Hauptvertrags erscheinen“, so insbesondere, wenn es sich um die Sicherung der durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen handle. Gegen diese Auffassung der Gebührenbestimmungen lassen sich Bedenken geltend machen, über die man hinweggehen könnte, wenn die jetzige Praxis zum Vorteil der Pflichtigen gereichen würde. Das ist jedoch zweifelhaft. Der mit Anlegung des Grundbuchs in Kraft getretene Art. 119 bestimmt, daß bei der Eintragung von Hypotheken die Gebühr des Art. 154 zu erheben ist, wenn nicht eine Urkunde vorliegt, die nach Art. 154 zu bewerten war. Aus den Motiven der Novelle vom Jahre 1899 ergibt sich zwar, daß man die verhältnismäßige Gebühr für die Einschreibung einer Hypothek nur festsetzen wollte, soferne die Bewilligung zur Eintragung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben wird oder der Antrag durch eine Urkunde nachgewiesen wird, die nicht von einem bayer. Notar errichtet ist. Dieser Gesetzeswillen hat aber im Text keinen Ausdruck gefunden. Der Beisatz, daß neben der Staatsgebühr die betreffende Notariatsgebühr zu erheben ist, dient nicht zur Klarstellung. Es läßt sich deshalb die Meinung hören, daß nach der für die Gesetzesanwendung maßgebenden Fassung der Vorschrift die Gebühr des Art. 154 für die Eintragung der Hypothek beim Grundbuchamt immer anzusetzen ist, sofern nicht diese Gebührenbestimmung der Bewertung der Urkunde, gleichviel von wem sie errichtet war, zugrunde gelegt oder, was sinngemäß zu ergänzen ist, schon eine höhere Gebühr für die Urkunde an die bayer. Staatskasse gezahlt wurde (Art. 146, 184). Mit der Aufhebung des gesetzlichen Hypothektitels (§ 12 Ziff. 7 HypG.) ist die

früher für die Eintragung eines Elternguts gewährte Gebührenbegünstigung verschwunden. Jetzt ist die Eintragungsbewilligung notwendig, weshalb hier der Abs. 2 Art. 119 nicht Platz greift. Die einfachste Lösung ist wohl die richtigste, wenn nämlich der Vertrag selbst der früheren Uebung gemäß nach Art. 154 bewertet wird. Dies ist nicht nur mit den Vorschriften des Gesetzes in Einklang zu bringen, sondern war auch nach den Motiven vom Gesetzgeber beabsichtigt (Verh. d. Kammer d. Abg. Beil. Bd. 20 Abt. I S. 490 oben). Zudem läßt die Fassung des Art. 119 deutlich erkennen, daß man mit der Möglichkeit gar nicht gerechnet hat, es werde bei der notariellen Beurkundung einer an sich gebührenpflichtigen Hypothekbestellung die Urkundengebühr nach Art. 154 nicht anfallen. Art. 183 ist seinem ganzen Inhalt nach nur anzuwenden, wenn mehrere selbständige Rechtsgeschäfte, die in einer Urkunde zusammengefaßt sind, vorliegen. Das ist für die eingangs angeführte Beurkundung nicht anzunehmen. Die ganze Abmachung, auch soweit sie dinglicher Natur ist, bildet einen einzigen Vertrag. Die Willenserklärung des überlebenden Eheteils, als Entgelt für die Abtretung den Preis zu schulden und dafür Hypothek zu bestellen, enthält einen Antrag, der sich nicht auseinanderreißen läßt, ohne den inneren Zusammenhang zu stören. Die Barzahlung oder Stundung mit Sicherstellung ist sehr von Einfluß für die Preisbildung. Es paßt hierher die in der ObLG. Bd. 17 S. 162 enthaltene Bemerkung: „Dem Vertrag über die Bestellung eines dinglichen Rechts kann in einer Vertragsurkunde eine solche Stellung gegeben sein, daß die bezügliche Rechtskonstituierung als Gegenleistung gegenüber der Leistung des anderen Vertragsteils erscheint.“ Alles, was den Kindern geboten wird, soll zur Ausgleichung der von ihnen gewährten Leistung dienen. Durch die Einigung über Antrag und Gegenantrag kommt der Vertrag zustande. Es fehlt jede Handhabe dafür, daß nach dem Sinn des Gebührengesetzes die Grenzen eines zweiseitigen Rechsgeschäftes in bezug auf seine Einheit und Selbständigkeit enger sein sollen, als nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Verträge anzunehmen ist. Dadurch, daß für einen Vertrag unter Umständen verschiedene Gebührensätze anzuwenden sind, wird er noch nicht in ebensoviele Rechtsgeschäfte zerlegt. Würde für Elterngutsverträge mit Hypothekbestellung die Gebühr nur nach Art. 145 bestimmt, so könnte man dies fast mit gleichem Recht für Darlehensverträge oder Kaufverträge über Mobilien verlangen, in denen für das Darlehen oder den Kaufpreis Hypothek bestellt wird (siehe hiezu ObLG. Bd. 15 S. 712), denn auch hier erfolgt die Pfandbestellung „zur Sicherung der durch den Vertrag begründeten Verbindlichkeit“. Bildet sohin die Auszeigung des Vater- oder Mutterguts einschließlich der Hypothekbestellung ein einheitliches Rechtsgeschäft, was immer der Wille der Beteiligten sein wird, so bleibt für die Anwendung des Abs. 2 Art. 183 kein Raum. Diese Vorschrift ist nicht dazu da, um die Einsparung von Gebühren hinsichtlich der Urkunde im ganzen zu ermöglichen, selbst wenn es sich um „Nebenverpflichtungen“ handelt. Ihre praktische Anwendung wird zumeist nur dann geboten sein, wenn ein am Hauptgeschäft unbeteiligter Dritter der Verhandlung beitritt, indem er etwa eine Schuld übernimmt (ObLG. Bd. 16 S. 181), sich als Bürge verpflichtet oder ein Faustpfand vertragsmäßig bestellt. Art. 145 gilt nur, „soweit nicht in den folgenden Artikeln ein anderes bestimmt ist“. Er wird ausgeschaltet durch die Sonderbestimmung des Art. 154, der in allen Fällen einschlägt, wenn der Vertrag eine Hypothekbestellung enthält. Auf welche Weise diese in den Vertragsinhalt eingereiht ist, ist gleichgültig, es sei denn, daß für die Gegenleistung gemäß Art. 184 Abs. 2 die höhere Immobiliargebühr anfällt. Voraussetzung ist dabei immer, daß die gleiche Gegenstandssumme in Frage ist. Das Ergebnis wäre übrigens das nämliche, wenn man für die hier besprochenen Verträge sowohl die Gebühr nach Art. 145 als die nach Art. 154 in Betracht ziehen wollte, denn auch bei dieser Konstruktion würde bei einem Wert von über 2000 Mk. die Gebührenpflicht nach dem höheren Satz, also nach Art. 154 bestehen. An der Anwendbarkeit dieser Gebührenbestimmung ist um so weniger zu zweifeln, als schon die Beurkundung der Eintragungsbewilligung allein für sich nach dem für die Hypothekbestellung maßgebenden Satz zu besteuern ist, wenn nicht für den Vertrag diese Gebühr zu erheben war. Tritt man, was das geltende Gebührenrecht anbelangt, der hier vertretenen Ansicht bei, so drängt sich gleichzeitig de lege ferenda der Wunsch nach einer Aenderung auf. Wenn früher für die hypothekarische Sicherstellung eines Vater- oder Muttergutes eine verhältnismäßige Gebühr aus Gründen der Billigkeit nicht verlangt wurde, so ist nicht einzusehen, warum die Begünstigung jetzt versagt werden soll. Es ist ein sehr formelles Verfahren, den Aenderungen des materiellen Rechts ohne weiteres Einfluß auf das Maß der Steuerpflicht einzuräumen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Vorgangs ist die gleiche geblieben, ob nun die Hypothek auf Grund des gesetzlichen Titels eingeschrieben wird oder zufolge der Eintragungsbewilligung. Es ist zu hoffen, daß bei der bevorstehenden Revision des Gebührengesetzes die durch die Familienverhältnisse veranlaßten Hypothekbestellungen, zu denen die Beteiligten durch die Verhältnisse genötigt sind, von der verhältnismäßigen Gebühr befreit werden. Bei den Elterngutsverträgen insbesondere handelt es sich, in welcher Form sie auch geschlossen werden, immer um eine Art der Verlassenschaftsbereinigung, die sonst im Gesetz durch Minderung der Gebührensätze besonders bevorzugt ist. Aus der Familienbeziehung folgt auch die einem Elternteil nach § 1668 BGB. auferlegte Verpflichtung zur Errichtung einer Sicherungshypothek. Es wäre empfehlenswert, diesen Rechtsakt ebenso gebührenfrei zu belassen, wie es jetzt bei einer nach § 54 FG. ohne Bewilligung eingetragenen Hypothek der Fall ist. Wenn man nur die Tragweite für das praktische Leben berücksichtigt, so ist eine gleichmäßige Behandlung wohl begründet. Um die Staatskasse vor Verlusten zu schützen, wäre vielleicht eine Bestimmung anzufügen, daß alle Hypotheken, die zunächst ohne prozentuale Bewertung bleiben, wenn sie nach Wegfall des ursprünglichen Verpflichtungsgrundes nicht gelöscht werden und ihnen ein anderer Inhalt gegeben wird, bei der Einschreibung dieser Aenderung besteuert werden sollen wie neue Hypothekbestellungen. Ohne eine solche Vorschrift ist die Möglichkeit einer Umgehung der Gebührenbestimmungen nicht ganz ausgeschlossen.

Landgerichtsrat **Wunderer** in München.



Kann bei Beschädigung von Waren Ersatz des Wertes verlangt werden? Es lag folgender Fall zur Entscheidung: Ein Teppichhändler hatte einem Vereine einen antiken Teppich zu Dekorationszwecken geliehen. Der Teppich, der schon fadenscheinig war, wurde beschädigt. Der Händler verlangte Ersatz des Wertes, den der Teppich vor der Beschädigung hatte. Die Beweiserhebung ergab, daß der Teppich ausbesserungsfähig und nach der Ausbesserung noch verkäuflich war.

Die Entscheidung hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob dem Schadensersatzanspruch des Klägers durch Bezahlung des zur Ausbesserung notwendigen Geldbetrags sowie durch Bezahlung der Differenz des früheren und jetzigen Verkaufswertes des Teppichs Genüge geleistet werden kann. Der Standpunkt des Klägers, daß sich der Beschädigte auf einen Schadensersatz durch Ausbesserung und Bezahlung des Minderwertes nicht einzulassen brauche, ist zweifellos irrig. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaute des § 251 BGB.: „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen." Auch die Kommentatoren Schollmeyer (Anm. 1 a zu § 251), Planck (Anm. 2 zu § 249 8 Anm. 1 zu § 251), Staudinger (Anm. 1 zu § 251) sprechen sich dahin aus, daß Schadensersatz teilweise durch Naturalrestitution und teilweise durch Zahlung einer Geldsumme geleistet werden kann.

Es fragt sich nun, ob durch Ausbesserung des Teppichs bzw. durch Bezahlung des zur Ausbesserung notwendigen Geldbetrages (§ 249 Satz 2 BGB.) und durch Bezahlung des Minderwertes (§ 251 BGB.) der Zustand wieder hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Satz 1 BGB.).

Zunächst kommt in Betracht, daß auch durch Ausbesserung eines beschädigten Gegenstandes mittels Flickens oder Stopfens eine Naturalrestitution erfolgen kann. Dernburg vertritt in seinem bürgerlichen Recht Bd. II S. 78 mit Recht die Anschauung, daß z. B. durch Stopfen eines alten, bereits mehrfach geflickten Kleides sehr wohl ein solcher Zustand, wie ihn der § 249 BGB. verlange, wieder hergestellt werden könne.

Da der Teppich für den Kläger nur eine Verkaufsware und nach Hebung der Beschädigung noch immer verkäuflich ist, so wird der Kläger wirtschaftlich in dieselbe Lage gebracht, welche bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Mot. Bd. II S. 19), dadurch, daß dem Kläger die Kosten der Ausbesserung bezahlt und der Betrag zugeführt wird, um welchen der Verkaufswert des ausgebesserten Teppichs hinter dem früheren Verkaufswert zurückbleibt.

Amtsrichter Dr. Stein in München.

Minderjährige als Bevollmächtigte. In der jüngsten Zeit machte eine als „Rechtskuriosum" bezeichnete Mitteilung die Runde durch eine Reihe von Tagesblättern, wonach ein Grundbuchrichter die Erklärung eines über 7 Jahre alten Kindes als Bevollmächtigter seines Vaters aufnehmen und nach den gesetzlichen Vorschriften als rechtsgültig behandeln mußte. Es kann nun tatsächlich, wenn es auch auf den ersten Blick befremdlich erscheinen mag, kein Zweifel darüber bestehen, daß die Handlungen eines über 7 Jahre alten Minderjährigen, welche er innerhalb der ihm nach § 164 BGB. von einem Dritten eingeräumten Vertretungsmacht im Namen seines Vollmachtgebers vornimmt, rechtsgültig sind. Es ergibt sich dies aus den Bestimmungen der §§ 165 und 106 BGB. (s. Kommentar von Planck Anm. 1 zu § 165). Da aber weder das FGG. noch die GBO. besondere Vorschriften über die Vollmacht enthalten, sondern nur zulassen, daß Erklärungen auch durch Bevollmächtigte abgegeben werden können (s. FGG. § 13, GBO. § 30), so kann der Richter in Grundbuchsachen und sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Gültigkeit der Vollmacht nur nach den Bestimmungen des BGB. prüfen und muß daher auch Minderjährige, soweit sie das 7. Lebensjahr bereits zurückgelegt haben, als Bevollmächtigte zulassen. (A. M. teilweise Schneider Anm. 4 zu § 13 in der Beckschen Textausgabe des FGG.) Es können insbesondere nicht die Vorschriften der ZPO. über die Prozeßvollmacht zur Anwendung gelangen, da das FGG. in allen Fällen, in welchen die Vorschriften der ZPO. angewendet werden sollen, ausdrücklich auf sie verweist, wie z. B. in den §§ 14, 15 und 16. Der § 13 FGG. aber, welcher Erklärungen durch Bevollmächtigte zuläßt, enthält keine Verweisung auf die Vorschriften der ZPO. Nach den Bestimmungen der ZPO. ist allerdings eine Vertretung durch Minderjährige nicht zulässig. § 79 daselbst enthält die Vorschrift, daß die Parteien, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen können. Es sind aber auch diejenigen Minderjährigen, welche bereits das 7. Lebenjahr vollendet haben, nicht prozeßfähig, wie aus den Bestimmungen der §§ 106 ff. BGB. und des § 52 ZPO. gefolgert werden muß. Es können daher auch insbesondere minderjährige Handlungsgehilfen ihren Prinzipal in Zivilrechtsstreitigkeiten nicht vor Gericht vertreten, da § 79 der ZPO. die allgemeine Prozeßfähigkeit voraussetzt und es als nicht genügend erachtet werden kann, daß die zu bevollmächtigende Person in einzelnen Angelegenheiten gemäß §§ 112 und 113 BGB. und § 52 ZPO. prozeßfähig ist (s. die Kommentare zur ZPO. von Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 79, Anm. 1 zu § 52, Seuffert Anm. 2 I zu § 52 und Gaupp-Stein Anm. III zu § 52).

Aber auch in der freiwilligen Rechtspflege ist der Richter in der Lage, ungeeignete Vertretungen durch Minderjährige hintan zu halten. Er kann dies durch Anordnung des persönlichen Erscheinens der Beteiligten. Wird eine solche Anordnung getroffen, so ist die Vertretung durch Bevollmächtigte unzulässig, wie sich aus dem Wortlaut des § 13 FGG. ergibt. In einem solchen Falle können die Beteiligten nur mit Beiständen erscheinen. Es soll noch darauf hingewiesen werden, daß die Minderjährigkeit des Bevollmächtigten auch dann von Bedeutung sein kann, wenn die Vollmacht auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen ist, welches der Minderjährige nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abschließen kann. Ist das Rechtsgeschäft wegen mangelnder Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ungültig, so ist es auch die Vollmacht. Diese Ungültigkeit muß aber auch der Dritte gegen sich gelten lassen, wenn er die Ungültigkeit des Rechts-

geschäfts, auf welchem die Vollmacht beruht, kennt oder kennen muß (s. hierüber Kommentar zum BGB. von Planck Anm. 3 zu § 167).

Amtsrichter Kraus in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 185, 183, 1180, 161 BGB., 115 ZVG.

1. Mit Zustimmung des Eigentümergrundschuldberechtigten kann der ursprüngliche Hypothekgläubiger über den nicht ausgefüllten Teil seiner Hypothek verfügen.

2. Eine bedingte Hypothekabtretung wird durch spätere Eintragung der Uebertragung des diesbezüglichen Berichtigungsanspruches an einen andern nicht unwirksam.

3. Mittels Widerspruchs und Widerspruchsklage gegen den im Zwangsversteigerungs-Verfahren ergangenen Verteilungsplan können unter Umständen auch persönliche Ansprüche geltend gemacht werden.

Aus den Gründen: Zu 1. Es bedarf keiner eingehenden Auseinandersetzung zu dem Nachweise, daß mit den Worten des Abkommens sehr wohl zum Ausdruck gebracht sein kann, die Frau N. wolle über die ihr als Eigentümerin zustehende Grundschuld von 12000 Mk. nicht selbst verfügen, sie erteile aber im voraus ihre Zustimmung, wenn die Sparkasse als eingetragene Gläubigerin die 12000 Mk. an die Beklagte abtrete. Hierdurch erledigt sich die Ausführung der Kläger, daß die Sparkasse zugunsten der Beklagten im Rahmen des § 1180 BGB. über die für sie eingetragene Hypothek verfügt habe, daß es aber an der dazu erforderlichen formgerechten Einigung fehle. Das Berufungsgericht hält nicht für dargetan, daß die N. ihre in dem Abkommen vom 6. April 1903 erteilte Einwilligung wirksam widerrufen habe. Die später erfolgte Abtretung der Eigentümergrundschuld von 12000 Mk. an die Kläger durch den dazu ermächtigten Ehemann der N. sei kein Widerruf im Sinne des § 183 BGB., da sie weder der Sparkasse noch der Beklagten gegenüber erklärt sei. Zudem habe die N. ihre vertraglich erteilte Einwilligung nicht einseitig widerrufen können. Diese Ausführung ist bedenkenfrei, auch nicht angegriffen.

Zu 2. Selbst wenn anzunehmen wäre, an sich hätte durch die Eintragung des Berichtigungsanspruchs an die Kläger die spätere Eintragung der Abtretung der 12000 Mk. Eigentümergrundschuld der N. an die Beklagte verhindert werden können, so steht dem doch entgegen, daß die Eigentümergrundschuld bedingt schon durch die Vereinbarung vom 6. April 1903 von der N. der Beklagten abgetreten war, daß die N. daher über die Eigentümergrundschuld nicht anderweit verfügen oder durch ihren bevollmächtigten Ehemann verfügen lassen und daß sie deshalb auch über den ihr nicht mehr zustehenden Berichtigungsanspruch nicht wirksam durch Abtretung an einen andern als die Beklagte disponieren konnte. Sie hat es dennoch getan. Ihre Verfügung wurde deshalb mit dem Eintritte der Bedingung unwirksam (BGB. § 161) und die Abtretung des Berichtigungsanspruchs an die Kläger wurde mit ihrer Eintragung in das Grundbuch nicht wirksam.

Zu 3. Indem aber das Berufungsgericht die eventuellen Anführungen der Kläger, daß ihnen wegen ihres Rangrücktritts die Beklagte aus den 12000 Mk. 3500 Mk. versprochen habe, als unbeachtlich behandelt, weil aus der rein obligatorischen Verpflichtung der Beklagten, den Klägern 3500 Mk. zu zahlen, ein Recht der Kläger auf einen entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses nicht hergeleitet werden könne, so verstößt es gegen den vom Reichsgericht bereits ausgesprochenen Satz, daß der Widerspruch im Verteilungsverfahren auch auf persönliche Ansprüche gestützt werden darf, die zwischen dem Liquidanten und dem Widersprechenden bestehen und eine Ausschließung oder Beschränkung der Geltendmachung der Hypothek dem Widersprechenden gegenüber zum Gegenstande haben (vgl. Urt. RG. VII 395/01, teilweise abgedruckt in JW. 1902 S. 170,30). So liegt der Fall hier. Die Kläger widersprechen dem Liquidat der Beklagten wegen deren Versprechens von 3500 Mk. für den Rangrücktritt. Wird dies bewiesen, so kann die Beklagte infolge ihres Vorranges die Kläger bei der Kaufgelderverteilung mit ihrer Kaufgelderhypothek von 4000 Mk. insoweit nicht zurückdrängen, als sie sich in der Geltendmachung ihrer abgetretenen Hypothek von 12000 Mk. durch ihr Versprechen beschränkt hat, und sie muß dulden, daß die Kläger Befriedigung wegen ihrer liquidierten Kaufgelderhypothek aus dem Verteilungserlöse an der ihr (der Beklagten) durch den Verteilungsplan angewiesenen Stelle erhalten (Urt. V 109/05 vom 18. Nov. 1905).

340 ———r.

II.

Umfang der Streupflicht der Straßenreinigungsgesellschaft und der Aufsichtspflicht des Hauseigentümers (§§ 823 Abs. 2, 831 Abs. 2 BGB.). Der Kläger ist am 12. Januar 1903 auf dem Trottoir vor einem Hause in der A.-Straße zu M. wegen Glatteis gefallen und hat sich einen Fuß gebrochen. Für den Schaden machte er mangels Aufstreuens[1]) sowohl den Hauseigentümer als die Straßenreinigungsgesellschaft haftbar. Das Landgericht wies die Klage gegen den ersteren ab, weil ihn weder bei der Auswahl noch bei der Beaufsichtigung der Straßenreinigungsgesellschaft ein Verschulden treffe, da diese allgemein als verläßig gegolten habe und der Hauseigentümer hienach weder verpflichtet gewesen sei, fortlaufend die Straßenreinigungsgesellschaft zu kontrollieren noch sich fortwährend bereitzuhalten, um bei einer Versäumnis sofort selbst zu streuen. Dieser Ausspruch blieb unangefochten. Dagegen wurde die Straßenreinigungsgesellschaft vom Landgericht für haftbar erklärt, weil das letzte Aufsanden schon fast zwei Stunden vor dem Unfall betätigt worden und zur Zeit des letzteren nicht mehr wirksam gewesen sei; der Schneefall habe schon einige Zeit vor dem Unfall aufgehört gehabt und die Glätte sei nicht erst im Augenblick des letzteren aufgetreten. Demnach wäre der Hausbesitzer in der Lage gewesen, durch alsbaldigen Eingriff den Unfall zu verhüten, und wenn dies der Straßenreinigungsgesellschaft nach ihren Einrichtungen nicht möglich sei, so müsse sie die Folge tragen und dürfe Reinigungsverträge solcher Art nicht übernehmen. Das Oberlandesgericht wies die Klage auch gegen die Straßenreinigungsgesellschaft ab, weil bei dem damaligen wiederholten Witterungswechsel und starken Schneefall nicht feststellbar sei, wann der Schneefall aufgehört und der Frost begonnen habe und ob dieser Zeitraum zum Aufsanden genügt hatte, zumal das Erfordernis einer so gesteigerten Aufmerksamkeit auf die Beschaffenheit der Gehsteige, daß

[1]) § 96 Nr. 2 der ortspolizeilichen Vorschriften lautet: „Sofern auf den Trottoirs Glatteis oder infolge andauernden Schneefalls, Frosteinwirkung oder aus anderen Ursachen eine gefährlich zu begehende Schneedecke oder Schnee- und Eisbuckel sich gebildet haben oder die Trottoirs sonstwie schwer zu begehen sind, sind dieselben in ihrer ganzen Breite mit feinem Sande ausgiebig zu bestreuen. Das Aufstreuen ist zu wiederholen, sobald auf den Trottoirs wieder glatte Stellen entstanden sind."

eine jede Gefahr sofort bei Eintritt auch erkannt und beseitigt werden mußte, von der ortspolizeilichen Vorschrift selbst nicht getragen werde. An dieser Auffassung könne auch durch die frühere Unterwerfung des Direktors der Straßenreinigungsgesellschaft unter einen Strafbefehl nichts geändert werden, da dies glaubhaft nur zur Vermeidung von Weiterungen geschehen sei. Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Revision macht geltend, für die Frage, ob die Beklagte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, könnten nicht deren Einrichtungen maßgebend sein, sondern es sei dabei auf die Person des nach der Polizeiverordnung in erster Linie zum Auffanden verpflichteten Hausbesitzers, dessen Wirkungskreis die Beklagte durch Vertrag übernommen habe, zurückzugreifen. Es sei zweifelhaft, ob das Berufungsgericht dieser Auffassung durchweg treu geblieben sei. Dieser Zweifel ist nicht berechtigt. Das Berufungsgericht hat überall die Verpflichtung der Beklagten und das Maß der von ihr anzuwendenden Sorgfalt unter Zugrundelegung der Anforderungen beurteilt, die nach der Polizeiverordnung an den Hausbesitzer zu stellen sind. Nach der Meinung der Revision würde nun allerdings der Hausbesitzer selbst den plötzlichen Eintritt der Glatteisbildung so zeitig erkannt haben, daß er noch vor dem Unfall hätte streuen lassen können; das Berufungsgericht hat aber das Gegenteil ohne Rechtsirrtum festgestellt (Urt. v. 19. Okt. 1905 VI 9/05).

317 N.

III.

Nach Zustellung des Abgabebeschlusses (§ 7 Abs. 2 EG. z. ZPO.) sind Prozeßhandlungen eines nicht beim Reichsgericht zugelassenen Anwalts unwirksam. Nach § 554 a ZPO. ist die Revision als unzulässig zu verwerfen, wenn sie nicht in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Die Begründungsfrist endigte am 23. Dezember 1905. Nun ist zwar am 20. Dezember 1905 eine von Rechtsanwalt T. in B. als klägerischem Vertreter gefertigte Begründung eingegangen, allein hierdurch ist die gesetzliche Vorschrift nicht gewahrt. Rechtsanwalt T. war zwar nach §§ 7, 8 EG. z. ZPO. berechtigt, die Revision beim Obersten Landesgerichte in München einzulegen. Nachdem aber dieser Gerichtshof sich durch Beschluß vom 30. November, dem Kläger zugestellt am 1. Dezember 1905, für unzuständig erklärt hatte, konnte der Kläger die von da an erforderlichen Handlungen nur durch einen beim Reichsgerichte zugelassenen Anwalt vornehmen. Eine in gesetzlicher Form gefertigte Revisionsbegründung ist demnach innerhalb der Frist nicht eingegangen. (Beschl. v. 29. Dez. 1905, VII 583/05.)

376 N.

B. Strafsachen.

I.

Bildung der Geschworenenbank (StPO. §§ 377 I, 279 ff.). Die Revision rügte: Nach Bildung der Geschworenenbank und Beeidigung der Geschworenen habe sich herausgestellt, daß der Vorsitzende es übersehen, vor Beginn der Auslosung der Geschworenen sie gemäß § 279 Abs. 1 StPO. zur Anzeige etwaiger Ausschließungsgründe aufzufordern, worauf er zur Bildung einer neuen Geschworenenbank geschritten sei. Er habe also die Geschworenenbank, die prozeßordnungsgemäß zur Aburteilung berufen gewesen wäre, beiseite gesetzt, und an ihrer Stelle habe eine andere Geschworenenbank geurteilt, die nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei. Indessen hat die Verhandlung nach dem allein maßgebenden Inhalt des Sitzungsprotokolls, wie es auf Antrag des Verteidigers berichtigt worden ist, einen anderen Verlauf genommen. Hiernach hatte der Vorsitzende das Uebersehen schon bemerkt, als er eben den Namen des 12. nicht abgelehnten Geschworenen gezogen gehabt hatte, und ist hierauf, ehe er irgend einen weiteren Akt vorgenommen, insbesondere die Ziehung der Geschworenen für beendet erklärt (§ 283 Abs. 3 StPO.) oder sie beeidet gehabt hätte, zur Neubildung der Geschworenenbank geschritten. Damit fiele schon die Begründung dieser Rüge in sich zusammen. Will man sie aber im erweiterten Sinn dahin auffassen, daß auch das wirkliche Verfahren ungesetzlich sei, so kann sie damit gleichfalls nicht durchdringen. Die erste wieder zurückgezogene Auslosung ist ein mißlungener Versuch der Bildung einer Geschworenenbank, der vom Vorsitzenden ohne Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften durch den Beginn einer neuen Hauptverhandlung (§ 278 StPO.) unschädlich gemacht worden ist. Ihm konnte es nicht verwehrt sein, um zu verhindern, daß eine nicht vorschriftsmäßig zustande gekommene Geschworenenbank urteile, die Verhandlung abzubrechen, sie sodann wieder aufzunehmen und unter Einhaltung der Bestimmung des § 279 Abs. 1 StPO. die abermalige Bildung einer Geschworenenbank herbeizuführen. Daß der Verstoß sich nur gegen eine Sollvorschrift gerichtet hat und demgemäß die Anfechtbarkeit des Urteils durch Revision nicht nach sich gezogen hätte, worauf die Revision besonders hinweist, kann keinen Unterschied machen; selbstverständlich macht auch die Nichteinhaltung derartiger Vorschriften das Verfahren gesetzwidrig, auf dem weiter aufzubauen dem Vorsitzenden nicht zugemutet werden konnte. Anderseits aber hatten die Angeklagten, die ausweislich des Sitzungsprotokolls weder selbst noch durch ihre Verteidiger dem Vorgehen des Vorsitzenden Widerspruch entgegengesetzt haben, kein Recht, von einer Geschworenenbank abgeurteilt zu werden, die auf einem nicht vorschriftsmäßigen Wege zustande gekommen wäre. Selbst wenn der Revision stattgegeben würde, könnte sie keinen anderen Erfolg haben, als die Verhandlung vor einer neugebildeten Geschworenenbank. Und nicht einzusehen ist, wie den Angeklagten durch das eingeschlagene Verfahren ihr Ablehnungsrecht verkümmert worden sein soll, das sie laut Sitzungsprotokoll vor- wie nachher unbeschränkt ausüben konnten und ausgeübt haben. Etwaige entfernt liegende Möglichkeiten können nicht ins Gewicht fallen (vgl. Entsch. in Straff. Bd. 32 S. 378). (Urt. d. I. StS. v. 20. Nov. 1905.)

349 Mitg. von Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

II.

Anwesenheit des Verteidigers im Falle der notwendigen Verteidigung (StPO. §§ 140, 377 Ziff. 5). Die Rüge der Verletzung der §§ 140 u. 377 Ziff. 5 StPO. ist begründet. Nach den übereinstimmenden Erklärungen des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers hat während des Verhörs des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Vorsitzende in Abwesenheit des Verteidigers, dessen Fehlen im Sitzungssaale er versehentlich nicht bemerkte, einige Fragen an den Angeklagten gerichtet und nach Wiedereintritt des Verteidigers den Inhalt der Fragen und der Antworten mitgeteilt, worauf der Angeklagte und der Verteidiger auf ausdrückliches Befragen Erinnerungen nicht erhoben. Die Verteidigung war eine notwendige. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine ununterbrochene Gegenwart des Verteidigers in der Hauptverhandlung, falls die Verteidigung eine notwendige ist, unbedingt erforderlich ist (vgl. Löwe, StPO. Note 4 zu § 145). In jedem Falle ist der Revision zuzugeben, daß bei allen wesentlichen Vorgängen der Hauptverhandlung der Verteidiger anwesend sein muß und daß grundsätzlich die Vernehmung des Angeklagten ein solcher wesentlicher Vorgang ist (§§ 145, 242, 136 StPO.). Was für die Hauptverhandlung als

Ganzes gilt, gilt auch für ihre Teile (Rechtspr. Bd. X S. 279). Insoweit eine Vernehmung des Angeklagten in Abwesenheit des Verteidigers stattgefunden hat, beruht nach § 377 Ziff. 5 StPO. das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes, also selbst dann, wenn ein Zusammenhang zwischen ihm und dem Mangel nicht vorhanden sein sollte. Allerdings wird der Umstand, daß der Verteidiger auf kurze Zeit sich der Anwesenheit in der Hauptverhandlung entzieht, nicht unheilbar die Nichtigkeit der ganzen Verhandlung zur Folge haben, etwa so, daß sie neu begonnen werden müßte. Der Mangel kann geheilt werden, aber nur so, daß alles, was in Abwesenheit des Verteidigers verhandelt worden ist, als nicht geschehen angesehen, dies allen an der Verhandlung und Entscheidung Mitwirkenden und am Prozesse Beteiligten erkennbar gemacht und der nichtige Teil der Verhandlung wiederholt wird (vgl. Entsch. Bd. XXXV S. 353). Eine Mitteilung des Vorsitzenden über den Inhalt des nichtigen Teils der Verhandlung, auch wenn sie richtig ist und von den Beteiligten als richtig anerkannt wird, kann die gesetzmäßige Verhandlung nicht ersetzen. Denn das Urteil ergeht auf Grund der mündlichen Verhandlung und setzt eine Verhandlung voraus, welche in allen wesentlichen Teilen unter der Beobachtung der zwingenden Vorschriften der StPO. geführt worden ist. Nur aus dem gültig Verhandelten, nicht aus dem, was auf andere Weise zu ihrer Kenntnis gelangt ist, dürfen Richter und Geschworene ihre Ueberzeugung schöpfen. Da nun hier ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung ungesetzlich war und einen Mangel enthielt, der einen absoluten Revisionsgrund nach § 377 StPO. abgibt, war die Aufhebung des Urteils geboten (Urt. v. 23. Nov. 1905).

348 Mitg. von Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

III.

Werfen „nach" einer Straße (§ 366 Nr. 8 StGB.). Der Erstrichter hatte eine Uebertretung aus § 366 Nr. 8 StGB. nicht angenommen, weil der Angeklagte beim Werfen auf der Straße sich befunden habe und von jemand, der auf der Straße selbst oder in dem dazu gehörigen Luftraum sich befinde, nicht „nach" der Straße geworfen werden könne. Das Urteil wurde aufgehoben.

Aus den Grüden: Der Grund des Verbots des § 366 Nr. 8 StGB. ist die Möglichkeit, daß durch das Umstürzen oder Herabfallen, das Ausgießen oder Auswerfen einer Sache jemand beschädigt werden kann. Diese Möglichkeit besteht ebenso, wenn die Sache von der Straße selbst aus oder aus dem über ihr befindlichen Luftraum auf sie gelangt, wie wenn sie ihren Ausgangspunkt außerhalb dieses Raumes genommen hat. Die Absicht des Gesetzgebers kann nur gewesen sein, alle eine solche Möglichkeit bietenden Fälle zu umfassen, und es steht dieser Annahme auch der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. (Urt. d. I. StS. v. 14. Dez. 05, 1 D 1057/05.)

366 B.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Enthält die Erklärung des Mannes, daß er die Erteilung einer Vollmacht durch die Frau genehmige, auch die Zustimmung zu den auf Grund der Vollmacht vorzunehmenden Rechtsgeschäften? Eine Hypothekenforderung ist zur Sicherung einer Forderung der O. S. gepfändet, die Pfändung im Hyp.-Buch eingetragen worden. O. S. hat ihre Forderung mit den Rechten aus der Pfändung an die L. U. abgetreten, die sich demnächst mit O. P. verehelichte. Die L. P. hatte vor ihrer Verheiratung in notarieller Urkunde ihrem Vater J. B. U. Vollmacht erteilt, sie in allen Rechtsangelegenheiten zu vertreten, insbesondere für sie Verzichte zu erklären und in Hypothekensachen die Löschung von Hypotheken und sonstigen Rechten zu bewilligen. In einem notariell beglaubigten Schriftstücke vom 26. Juni 1905 erklärte sie, daß sie diese Vollmacht auch nach ihrer Verheiratung ganz aufrechthalte. Unter diese Erklärung setzte der Ehemann P. am 21. September 1905 folgende notariell beglaubigte Erklärung: „Als Ehemann genehmige ich die vorstehend erteilte Vollmacht vonseite meiner Ehefrau." In notarieller Urkunde vom 7. November 1905 bewilligte J. B. U. namens seiner Tochter L. P. die Löschung der Pfändung der erwähnten Hypothekenforderung wegen Verzichts auf die durch die Pfändung erworbenen Rechte. Das Hypothekenamt lehnte die Löschung ab, die Beschwerde des J. B. U. wurde zurückgewiesen. Die Vorinstanzen fanden in der Erklärung des Ehemannes P. nur die Genehmigung der von seiner Frau ihrem Vater erteilten Vollmacht und vermißten eine Erklärung der Zustimmung zu allen auf Grund der Vollmacht vorzunehmenden Rechtsgeschäften. Da der Bevollmächtigte der Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut ebenso wie sie selbst der Einwilligung des Mannes bedürfe, machten sie die Löschung von der Beibringung der Zustimmung des Mannes abhängig.

Aufhebung. Zurückweisung. Gründe: Die an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haftende Auslegung, die die Vorinstanzen der Erklärung des Ehemannes P. vom 21. September 1905 gegeben haben, verstößt gegen § 133 BGB. Eine Vollmacht mit der Wirkung, daß der Bevollmächtigte zur Verfügung über eingebrachtes Gut nach § 1395 BGB. der Einwilligung des Ehemannes bedurfte, konnte L. P. ohne Zustimmung ihres Mannes erteilen, eine solche würde aber der Absicht, dem Vater U. dieselben Befugnisse einzuräumen, die er vermöge der Vollmacht vom 15. September 1902 gehabt hatte, nicht entsprochen und den Zweck, ihn zur selbständigen Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten der Tochter in den Stand zu setzen, nicht erreicht haben. Um die von der Frau erteilte Vollmacht so zu ergänzen, wie ihr Zweck es erforderte, hat der Mann seine Genehmigung beigefügt. Seine Erklärung kann nur dahin verstanden werden, daß der Bevollmächtigte seiner Frau ermächtigt werden sollte, die Rechtsgeschäfte, die er für sie vornehmen sollte, mit voller Rechtswirksamkeit vorzunehmen, daß sie also die Einwilligung in die von dem Bevollmächtigten vorzunehmenden Rechtsgeschäfte enthält, die die Vorinstanzen vermißt haben. (Beschl. I ZS. Reg. III 87/1905 vom 8. Januar 1906.) Y.

383

B. Strafsachen.

Zu Art. 32 PStGB. u. § 33 b GewO. M. betreibt das stehende Gewerbe eines Karussellbesitzers in W. Er stellte ein Karussell im Hofe einer Wirtschaft auf und erhob Eintrittsgeld, ohne polizeiliche Genehmigung erholt zu haben. Das Schöffengericht verurteilte ihn wegen Uebertretung des Art. 32 Abs. I Ziff. 2 PStGB. im Zusammenhalte mit § 8 der VO. vom 3. Juli 1868, die Schau- und Vorstellungen betr., weil diese Bestimmungen auch gegenüber dem § 33 b GewO. noch in Geltung seien und deshalb hier die Frage, ob das Karussell auf einem öffentlichen Platze aufgestellt sei, der Entscheidung nicht bedürfe. Die Berufung des Angeklagten wurde verworfen. Die Revision blieb ohne Erfolg. Das Oberste Landesgericht hielt zunächst an seinem wiederholt ausgesprochenen Standpunkte fest, daß Art. 32 Abs. I Ziff. 2 PStGB. mit § 8 der VO. v. 3. Juli 1868 neben § 33b GewO. in Geltung ist (vgl. Entsch. des Oberst. LG. i. StrS. Bd. II S. 38, III S. 179, IV S. 95, V S. 119), da die GewO. weitere, aus wohlfahrtspolizeilichen Gründen hergeleitete Beschränkungen der Ausübung des Gewerbebetriebes nicht hindere. Weiter führte

es im Gegensatz zu den Vorinstanzen, welche für die Anwendbarkeit der Art. 32 Abs. I Ziff. 2 PStGB. und des § 8 der VO. v. 3. Juli 1868 die Frage, ob das Karussell an einem öffentlichen Orte aufgestellt sei, als unerheblich erklärt hatten, aus: Nach § 4 der VO. bedürfe, wer in Wirtschaften oder an anderen öffentlichen Orten Karusselle u. dgl. aufstellen wolle, eines polizeilichen Erlaubnisscheins u. § 8 Abs. II a. a. O. bestimmt, daß der Berechtigte in den einzelnen Orten, in welchen er sein Gewerbe ausüben will, die besondere Erlaubnis der Ortspolizeibehörden nachzusuchen hat. Allerdings entbehrt § 4, insoweit er für den Betrieb des Gewerbes einen polizeilichen Erlaubnisschein fordert, der Rechtsgültigkeit, weil diese Vorschrift die Zulassung zum Gewerbebetriebe betrifft und deshalb mit § 1 der GewO. nicht vereinbar ist; allein da unter dem „Berechtigten" des § 8 Abs. II nur derjenige verstanden sein kann, welchem der nach § 4 geforderte Erlaubnisschein erteilt ist, so besteht § 4 jedenfalls noch insoweit in Wirksamkeit, als er bestimmt, wer die polizeiliche Erlaubnis nachzusuchen hat; dies ist jeder, der in Wirtschaftsräumlichkeiten oder an anderen öffentlichen Orten Karussells u. dgl. aufstellen und dafür Eintrittsgeld erheben will. Das Urteil führt dann aus, daß der umzäunte Hof der Gastwirtschaft ein öffentlicher Ort im Sinne des § 4 der VO. sei, weil er — wenn auch räumlich abgeschlossen — doch jedermann zugänglich war. Vgl. Entsch. des ObLG. i. StrS. Bd. III S. 181, 182); die in dieser Beziehung vom Berufungsgericht getroffene, tatsächliche Feststellung trage das Urteil. (Urteil v. 5. Dez. 1905.)

358 E. H.

Oberlandesgericht München.

I.

Anwendbarkeit des § 59 Abs. II RAO. Der Beklagte hatte infolge Vergleiches an die beiden Anwälte die Kosten zu zahlen. Nach Entrichtung kam er zu der Meinung, es sei ihm von beiden Anwälten zu viel abgefordert worden. Deshalb hat er sich beschwerend an die Anwaltskammer gewendet mit der Bitte, die Anwälte zu veranlassen, ihm die zu viel erhobenen Gebühren zu erstatten. Der Vorstand der Anwaltskammer hat die Beschwerde zurückgewiesen, da die Frage, ob die Anwälte die von ihnen liquidierte Vergleichsgebühr zu beanspruchen haben, hier nicht der Anwaltskammervorstand, sondern das zuständige Gericht zu entscheiden habe. Gegen diesen Bescheid ergriff der Beklagte Beschwerde an das Oberlandesgericht gemäß § 59 Abs. 2 RAO. Das Oberlandesgericht hat den Antrag zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Bei der Würdigung der von dem Beklagten gestellten Anträge ist davon auszugehen, daß durch die Vorschrift in § 59 Abs. II RAO. wie in den Motiven zum Gesetzentwurf (Stenogr. Ber. über die Verh. des Reichstags, 3. LegPer., II. Session 1878, III. Bd. Akt. Stück Nr. 5, S. 91 ff.) hervorgehoben wurde, nicht das Oberlandesgericht als eine Art höhere Instanz über die Anwaltskammer und deren Vorstand aufgestellt wurde mit dem Recht, deren Beschlüsse nachzuprüfen und sie aufzuheben oder zu ändern, daß vielmehr durch § 59 Abs. II RAO. dem Oberlandesgericht nur ein Aufsichtsrecht über die Geschäftsführung der Anwaltskammer und des Vorstands übertragen werden wollte, welches sich darauf bezieht, daß der Vorstand formell die ihm obliegenden Geschäfte betreibt, insbesondere nicht durch Lässigkeit in ihrer Erledigung seine Pflichten verletzt (vgl. die Kommentare zu RAO. § 59 von Dr. Boelk und Sydow-Mosler, JW. 1887 S. 387 ff., 1883 S. 81; ferner Samml. d. Entsch. d. ObLG., n. F. Bd. IV Nr. 76 S. 346 ff.). Abgesehen hiervon soll weder die Kammer noch der Vorstand einer Kritik der Behörden des Staates unterliegen, sofern die Beschlüsse sich in dem den Organen der Rechtsanwaltschaft zugewiesenen Bereiche bewegen und dem Gesetze nicht widerstreben; das Oberlandesgericht hat nur zu prüfen: „ob eine Verletzung oder Ueberschreitung der Grenzen der den Organen der Rechtsanwaltschaft zugewiesenen Tätigkeit stattgefunden hat" (Mot. a. a. O); niemals darf es an Stelle der Anwaltskammer oder ihres Vorstands entscheiden, d. h. etwas anderes anordnen, es muß sich vielmehr gegebenenfalls darauf beschränken, das gegen das Gesetz Verstoßende als rechtlich nicht vorhanden zu erklären (Mot. a. a. O.); die dem Gesetz entsprechende Entscheidung zu treffen, muß es immer der Anwaltskammer oder dem Vorstande überlassen. Als gesetzwidrig aufheben kann aber das Oberlandesgericht eine Entscheidung der Anwaltskammer oder ihres Vorstands nur, „wenn die Kammer oder der Vorstand durch die Beschlußfassung außerhalb der gesetzlichen Grenzen, welche der Tätigkeit der Organe der Rechtsanwaltschaft angewiesen sind, sich bewegt, nicht aber dann, wenn sie gesetzlich berufen ist, über die Frage einen Beschluß zu fassen, die beschlossene Entscheidung aber selbst einen Rechtsgrundsatz verletzt" (JW. 1883 S. 31).

Hier kann also das Oberlandesgericht nur untersuchen, ob die von dem Beklagten angefochtene Entscheidung sich innerhalb des den Organen der Rechtsanwaltschaft zugewiesenen Wirkungskreises bewegt und ohne Außerachtlassung der vom Gesetze für die Beschlußfassung gegebenen Vorschriften erlassen worden ist, nicht aber darf es untersuchen, ob die Entscheidung, wenn sie formell in Ordnung ist, sachlich zutrifft. Formell ist nun ein Verstoß gegen das Gesetz nicht gerügt und auch nicht zu ersehen. Der Vorstand der Anwaltskammer war gemäß § 49 Ziff. 3 RAO. von einer Partei um Entscheidung angegangen worden und nach dem Gesetze zur Entscheidung berufen; ob die verlangte Entscheidung auch bezüglich des klägerischen Anwalts, der zu dem Antragsteller nicht in einem Auftragsverhältnisse stand, begehrt werden konnte, ist belanglos; daß sie tatsächlich begehrt wurde, genügte, um den Vorstand der Anwaltskammer zu einer Entscheidung zu veranlassen; die Entscheidung selbst erging unter Beobachtung der in §§ 52 ff. RAO. vorgeschriebenen Formalien, weist also einen Mangel, der das Oberlandesgericht zur Aufhebung berechtigen könnte, nicht auf. (Beschl. d. I. ZS. v. 6. Okt. 1905.)

372 W.

II.

§ 899 Abs. 2 BGB. setzt die Anlegung des Grundbuchs voraus und ist auf Protestationen nach § 27 HypG. nicht anwendbar. Neue Ansprüche sind in der Beschwerdeinstanz unzulässig. Unterm 18. November 1905 wurde beim LG. München I für einen wegen Verschwendung entmündigten Bauerssohn gegen den Händler K. einstweilige Verfügung dahin beantragt, das Hypothekenamt Friedberg solle angewiesen werden, zugunsten des Antragstellers einen „Widerspruch" gegen die Verpfändung der klägerischen Muttergutshypothek einzutragen, weil diese Verpfändung wegen Wuchers, Verjährung und aus sonstigen Gründen nichtig, sohin „das Hypothekenbuch unrichtig" sei. Das Landgericht wies den Antrag ab, weil dessen Begründung offenbar auf BGB. §§ 894, 899 gestützt, für Friedberg aber das Grundbuch noch nicht angelegt sei. In der hiegegen erhobenen, als „sofortige" bezeichneten Beschwerde wurde ausgeführt, das BGB. sei im Antrag gar nicht zitiert und die Bezeichnung „Widerspruch" statt „Protestation" gleichgültig; das Landgericht hätte letztere eintragen lassen oder sonst die geeignete Maßregel nach § 938 ZPO. nach seinem Ermessen verfügen sollen; vorsorglich werde nunmehr eventuell die Erlassung eines Veräußerungs- oder Belastungsverbots bean-

tragt. Die Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht als unbefristet erklärt und zurückgewiesen, weil zwar Voraussetzung und Zweck der „Protestation" und des „Widerspruchs" nicht wesentlich verschieden seien, nach dem HypG. § 27 aber um Eintragung ersterer das Hypothekenamt unmittelbar anzugehen, sohin das Landgericht zur Eintragungsanordnung nicht zuständig gewesen sei. Die neuerlichen Anträge auf anderweitige Maßnahmen seien in der Beschwerdeinstanz nicht zulässig, weil der Erstrichter mit diesen Begehren noch gar nicht befaßt gewesen, sohin von einer bezüglichen Beschwerde nicht die Rede sein könne. (Beschl. vom 29. Nov. 1905, BeschwR. IV 612/05.)

345 N.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Schriftlicher Vertrag und mündliche Verabredungen. Eigentumsvorbehalt beim Verkaufe mehrerer Gegenstände um einen Gesamtpreis. Kläger stützt seinen Distraktionsanspruch auf vertragsmäßigen Eigentumsvorbehalt; er legt einen „Kaufvertrag" vor, wonach er an den Schuldner und dessen Braut die zum Hausstande sowie zum Bureaugebrauche erforderlichen Möbel unter der Bedingung zu liefern hat, daß 1250 Mk. sofort, 600 Mk. und dann der Rest je zu bestimmter späterer Zeit zu zahlen ist und die Möbel dem Eigentumsrechte des Verkäufers solange unterliegen, bis die Restzahlung erfolgt ist. Der beklagte Pfandgläubiger greift den Vertrag als ungültig an, weil es an der Bestimmtheit des Kaufgegenstandes sowie an einem bestimmten Preise fehle und weil auch von einem wirksamen Eigentumsvorbehalte keine Rede sein könne, da nicht erhelle, daß bei der zu verschiedenen Zeiten erfolgten Uebergabe der einzelnen Möbel das Eigentum jeweils vorbehalten worden sei. Auf die Erwiderung des Klägers, daß die zu liefernden Gegenstände und der Gesamtpreis von etwa 3000 Mk. mündlichen Beredungen zu entnehmen seien und daß bei der Uebergabe jedes einzelnen Gegenstandes Einverständnis über das Inkrafttreten des Eigentumsvorbehaltes vorhanden gewesen, wendet er ein, daß, wenn eine solche Abmachung wirksam sei, die Geschäftsgläuber niemals zum Zuge kommen könnten, was dem Grundsatze von Treu und Glauben zuwiderlaufe, und deutet an, daß er ein Zusammenwirken des Klägers mit dem Schuldner dahin annehmen müsse, das Mobiliar dem Zugriffe der Geschäftsgläubiger zu entziehen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; die Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das zwischen dem Kläger und den Käufern der Möbel bestehende Rechtsverhältnis ist nicht ausschließlich aus der schriftlichen Vertragsurkunde vom 16. Oktober 1902, sondern aus dieser und den mündlichen Verabredungen zu erklären. Schriftlicher Vertrag und mündliche Beredungen bestehen nebeneinander und es macht keinen Unterschied, ob man das schriftlich Niedergelegte zur Auslegung des mündlich Vereinbarten heranzieht oder den schriftlichen Vertrag durch die mündlichen Verabredungen Auslegung und Erläuterung empfangen läßt, welch letzteres wohl das Natürliche ist. Für das Vorhandensein mündlicher Beredungen spricht die Abfassung und der Wortlaut des schriftlichen Vertrages selbst, der ohne mündliche Vereinbarungen unverständlich wäre. Ein solches Nebeneinanderbestehen einer schriftlichen Vertragsurkunde und von schriftlich nicht niedergelegten wesentlichen Vertragsbestimmungen, aus denen zusammengenommen sich erst die rechtliche Natur und der Inhalt des Rechtsgeschäftes ergibt, ist in Fällen, in denen Schriftform nicht vorgeschrieben ist, rechtlich zulässig. Ein Rechtssatz, wonach mündliche Beredungen in dem Augenblicke, in dem eine Urkunde abgefaßt wird, ohne weiteres ihre Gültigkeit verlieren, ist nicht vorhanden: vielmehr muß bei Rechtsgeschäften, für die (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) eine Form nicht vorgeschrieben ist, stets der Wille der Vertragsteile erforscht werden, ob jene mündlichen Vereinbarungen durch die Abfassung eines schriftlichen Vertrages ersetzt oder ob sie neben und mit ihm in Kraft bleiben sollen. Hier ging der Wille der Parteien dahin, die mündliche Vereinbarung bei Kräften zu erhalten. (Wird ausgeführt.) Als wesentlicher Inhalt des Geschäftes ergibt sich aus dem schriftlichen Vertrag und den mündlichen Vereinbarungen folgendes: Der Kläger liefert eine Reihe von Wohnungs- und Bureaueinrichtungsgegenständen zum Gesamtpreise von etwa 3000 Mk., der in drei Terminen zu entrichten ist. Der Kläger behält an den Möbeln das Eigentumsrecht bis zu der — noch nicht erfolgten — Zahlung des Restkaufschillings. Dieser Vertrag entspricht allen rechtlichen Anforderungen; er enthält insbesondere eine genügende Spezifikation der dem Eigentumsvorbehalte unterliegenden Kaufgegenstände wie auch eine zulässige und ausreichende Preisbestimmung. Daß der Preis einer Ware, um so mehr der Gesamtpreis einer Mehrheit von Gegenständen kraft vertragsmäßigen Einverständnisses einer kleinen Erhöhung oder Verminderung soll unterliegen können, nimmt ihm nicht das Erfordernis der Bestimmtheit. Daß eine Mehrheit von Gegenständen um einen Gesamtpreis veräußert werden kann, ergibt sich aus § 469 BGB. Auch die gegen den Rechtsbestand des Eigentumsvorbehaltes gemachten Einwendungen gehen fehl. Aus allgemeinen Rechtssätzen und dem Zusammenhalte von §§ 455, 469 BGB. ergibt sich, daß beim Verkaufe von mehreren beweglichen Sachen um einen Gesamtpreis das Eigentum bis zu dessen Bezahlung vorbehalten werden kann; dabei können die mehreren, um einen Gesamtpreis verkauften beweglichen Sachen entweder auf einmal an den Käufer übergeben werden, in welchem Falle die gleichzeitige Bestellung eines Eigentumsvorbehaltes an ihnen keine weitere rechtliche Schwierigkeit bietet; die Uebergabe kann sich aber auch, wie hier, in mehreren zeitlich voneinander getrennten Akten vollziehen. Eine wirksame Vereinbarung der Vertragsteile über den Eigentumsvorbehalt läßt sich hier nicht vermissen. Es kommt häufig vor, daß Vertragsparteien am Anfange einer länger dauernden Geschäftsverbindung im voraus bestimmte Verabredungen treffen und gewisse Bedingungen festsetzen, unter denen die künftig zwischen ihnen zustande kommenden Verträge als geschlossen zu gelten haben oder unter denen die einzelnen Rechtsakte (z. B. Uebergabe — Abnahme § 433 BGB.) vorgenommen sein sollen. Sind dann die allgemeinen Bedingungen in einem besonderen Vertrag festgelegt, so brauchen sie in den einzelnen Vertrag nicht mehr aufgenommen und bei Vornahme des einzelnen Rechtsaktes nicht besonders erwähnt zu werden. Der rechtlich nicht bedenkenfreie Satz der Urkunde vom 16. Oktober 1902, daß für „spätere Bestellungen" der Eigentumsvorbehalt „an sämtlichen Möbeln" eingeräumt wird, berührt die hier fraglichen Gegenstände nicht, da diese nicht auf Grund einer späteren Nachbestellung, sondern auf Grund der ursprünglichen mit dem Vertrage vom 16. Oktober 1902 ein Ganzes bildenden Vereinbarungen geliefert worden sind. Hinsichtlich dieser Gegenstände aber ist die auf den Eigentumsvorbehalt gerichtete Willensübereinstimmung der Vertragsteile bei Uebergabe der einzelnen Stücke nur die Ausführung des geschlossenen Vertrages, sie verstand sich, wollten die Käufer dem Vertrage nicht zuwiderhandeln, auf ihrer Seite nicht minder von selbst wie auf Seite des Klägers als dessen, der den unmittelbaren Vorteil von dieser Vertragsberedung und ihrer Einhaltung hatte. Auch die Wirksamkeit

des Eigentumsvorbehalts bis zu der — unbestrittenermaßen noch nicht geschehenen — völligen Bezahlung des Gesamtpreises steht außer Zweifel. Denn da die einzelnen Zahlungen, und zwar sowohl die im Vertrage vom 16. Oktober 1902 vorgesehenen als die auf der Zahlungssaumsal der Käufer beruhenden, nicht auf einzelne Gegenstände, sondern auf den Gesamtpreis erfolgten und daher auch nicht etwa selbständige Preise einzelner Gegenstände, sondern nur den auf die einzelnen Gegenstände nach Verhältnis auszuschlagenden Gesamtpreis zum Teile und in eben diesem Verhältnisse tilgten, so ist gegenwärtig noch kein einziger Gegenstand abbezahlt, vielmehr sind alle Möbelstücke noch unbezahlt und deshalb dem Eigentumsvorbehalte unterworfen. Eine solche rechtliche Gestaltung, wonach das Eigentum an einer Menge von Einrichtungsgegenständen lange Zeit beim Lieferanten bleibt, mag im einzelnen Falle gewisse Härten für den Käufer und Nachteile für die übrigen Gläubiger des Käufers mit sich bringen, die von einem Zugriffe auf die Einrichtung ausgeschlossen sind. Dies ist jedoch nicht zu ändern; der Gesetzgeber hat die Bestellung eines Eigentumsvorbehaltes beim Verkaufe beweglicher Sachen allgemein zugelassen. Es ist nicht abzusehen, inwiefern die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben, hier, wo Käufer und Verkäufer über die Tragweite ihres Vertrages einig sind, ein Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer — dem Kläger — und dem dritten Gläubiger des Käufers — dem Beklagten — aber nicht besteht, sich auf seiten des Klägers vermissen ließe und dessen rechtliche Stellung zu erschüttern vermöchte. Ein Anderes wäre es vielleicht, wenn der Kläger und der Käufer der Möbel im Einverständnisse miteinander nur, um den Beklagten vom Zugriffe auf die Möbel fernzuhalten, bestimmte Abkommen getroffen hätten; eine solche Gestaltung der Dinge ist nicht ohne weiteres anzunehmen (Urt. des II. Zivilsenats vom 18. Oktober 1905).

360 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Junglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu § 833 BGB. Ein 7 Jahre altes Kind wurde am 19. Juli 1903 durch den Hufschlag eines vom 20jährigen Sohn des Eigentümers von der Schmiede heimgeführten Pferdes verletzt, weshalb der Vormund gegen den Eigentümer Klage auf Gewährung einer Rente, eventuell auf Bezahlung einer Abfindung erhob. Das Landgericht wies die Klage ab; die Berufung wurde durch Urteil des 2. Zivilsenats vom 5. November 1905 aus nachstehenden Gründen zurückgewiesen. Es wird zunächst ausgeführt, daß es dem Beklagten nicht schaden könne, wenn die Urschrift der Zustellungsurkunde vom 26. August 1904 vom zustellenden Postboten nicht unterzeichnet wurde, weil die dem Anwalte des Berufungsgegners übergebene Abschrift der Zustellungsurkunde mit solcher Unterschrift versehen war, und die Zustellungsurkunde kein Formalakt, sondern nur ein Beweismittel sei, dessen Mängel durch andere Beweismittel ergänzt werden können (vgl. Petersen Aufl. 5 zu § 191 ZPO. Note 1, Seufferts Archiv Bd. 38 Nr. 66 u. Bd. 54 Nr. 180). Allein in materieller Hinsicht müßte dem Erstrichter beigepflichtet werden, daß die Haftung aus § 833 BGB. nur gegeben sei, wenn es sich um ein willkürliches selbständiges Tun des Tieres, um einen Ausfluß seiner tierischen Natur handle, ein solches selbständiges willkürliches Tun aber nicht vorliege, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt einwirke, welcher Tiere der in Frage stehenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können (vgl. RG. 54 S. 73). Eine solche Einwirkung auf das Pferd liege hier vor. Das Kind habe, als das Pferd an einem Bache vorbeigeführt wurde, neben diesem eine Rute abgerissen und mit ihr das Pferd mehreremale auf die Hinterbeine geschlagen, obgleich es der Führer des Pferdes wiederholt zurückgewiesen hatte. Es sei ferner festgestellt worden, daß das Kind unmittelbar vor dem Unglück um das behufs Beschlagens an der Schmiede angebundene Pferd herumsprang und wiederholt an dem Halfter zog. Das Pferd sei ein gutmütiges Tier gewesen, das nicht gerne und sogar dann nicht ausschlug, wenn es, um ein kräftigeres Anziehen zu veranlassen, mit der Peitsche geschlagen wurde. Es könne also kein Zweifel darüber obwalten, daß die Klägerin das sonst gutmütige Tier zum Ausschlagen gereizt und durch diese Einwirkung ihm so zugesetzt habe, daß es der Furcht vor weiterer Mißhandlung nicht widerstehen konnte und in der Richtung nach der Klägerin ausschlug. Allein auch aus § 831 BGB. könne eine Haftung des Beklagten nicht entnommen werden, weil seinem Sohne das Zeugnis ausgestellt sei, daß er ein ordentlicher, im Umgange mit Pferden erfahrener und zur Führung eines Pferdes wohl geeigneter Mensch sei, so daß der Beklagte bei Auswahl des Sohnes zum Führen des Pferdes von und zur Schmiede die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe.

346 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht Frankenthal.

Wann beginnt die Strafzeit bei einem verhafteten Angeklagten, dessen Revision durch Beschluß als unzulässig verworfen wurde? Der Angeklagte war durch Urteil der Strafkammer zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Er hat fristgerecht Revision zum Reichsgerichte erhoben und diese frist- und formgerecht begründet. Das Reichsgericht hat mit Beschluß vom 23. Dezember 1905 ohne mündliche Verhandlung die Revision auf Grund des § 389 StPO. als unzulässig verworfen mit der Begründung, daß die Bestimmungen über Anbringung der Revisionsanträge und deren Begründung (StPO. § 384) nicht beobachtet seien, weil das Urteil nicht wegen Verletzung einer Rechtsnorm angefochten werden solle, sondern nur aus tatsächlichen Gründen. Der Beschluß des Reichsgerichtes enthielt eine Angabe der Stunde, zu welcher er erlassen war, nicht. Er gelangte in Ausfertigung am 28. Dezember 1905 in den Einlauf der Oberreichsanwaltschaft (nachmittags 1¼ Uhr). Der Angeklagte war verhaftet. Es ergaben sich Zweifel, von wann der Beginn der Strafzeit zu berechnen sei. Die Strafkammer hat als Beginn den 28 Dezember 1905 nachmittags 1¼ Uhr festgesetzt und zwar aus folgenden Gründen:

Gemäß § 481 StPO. sind Strafurteile nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind. Es ist deshalb zu prüfen, wann das Urteil rechtskräftig wurde. Nach § 389 Abs. I l. c. kann das Revisionsgericht das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen, wenn es die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder diejenigen über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet hält. — Hierher gehört auch der Fall, wenn es an einer dem § 384 Abs. II entsprechenden Begründung fehlt (cf. Loewe-Hellweg 11. Aufl. § 389 Anm. 3). Dies ist hier geschehen. Der Beschluß des Revisionsgerichtes ist im Hinblick auf § 346 Abs. III StPO. unanfechtbar. Das angefochtene Urteil ist demnach rechtskräftig, wenn der die Revision verwerfende Beschluß des Revisionsgerichtes „erlassen“ ist. Es fragt sich deshalb, wann ist ein derartiger Beschluß „erlassen“?

Die Min.-Bek. vom 3. Januar 1900, betr. Aufschub der Strafvollstreckung (Seite 3) erklärt allerdings „Wird die Revision des Verurteilten durch Beschluß des Revisionsgerichtes (§ 389 StPO.) als unzulässig

verworfen oder durch Urteil des Revisionsgerichtes als unzulässig oder als unbegründet verworfen, so wird das angefochtene Urteil von dem Tage der Erlassung des Beschlusses oder der Verkündung des Urteils an — nicht etwa vom Tage der Zustellung des Beschlusses oder Urteils an — rechtskräftig und vollstreckbar."[1]) Allein für die Auslegung des Wortes „erlassen" ist folgendes zu beachten. Damit ein Beschluß des „erlassen" erachtet werden kann, ist zweifellos erforderlich, daß er auch rechtlich existent geworden ist. Es ergibt sich nun aus § 33 StPO., daß eine Entscheidung, die in der Hauptverhandlung ergeht, zweifellos dann als erlassen und rechtlich existent geworden anzusehen ist, wenn sie verkündet ist; fraglich dagegen ist es, wann eine Entscheidung außerhalb der Hauptverhandlung erlassen und rechtlich existent wird. Man kann an sich sagen, daß eine derartige Entscheidung erlassen ist, sobald sie schriftlich abgefaßt ist, allein damit ist sie noch nicht rechtlich existent geworden. Denn solange sie noch Niemand bekannt gemacht ist, ist sie nach außen ohne Bedeutung und es bleibt das Gericht befugt, sie wieder zu beseitigen (vgl. Loewe-Hellweg, 11. Aufl. § 33 Anm. 3). Auf diesem Standpunkte steht augenscheinlich auch das Oberste Landgericht, welches eine Verurteilung durch einen Strafbefehl erst dann als erfolgt ansieht, wenn er zugestellt ist (vgl. Entsch. d. BayObLG. in StrS. Bd. I S. 245).[2]) Auch das Reichsgericht vertritt offensichtlich diesen Standpunkt, da in derartigen Beschlüssen die Stunde der Erlassung des Beschlusses nicht angegeben wird, während andererseits bei der Oberreichsanwaltschaft Tag und Stunde des Einlaufes eines derartigen Beschlusses vermerkt wird. Ein solcher Beschluß ist demgemäß erst dann rechtlich existent, wenn er der Staatsanwaltschaft zum Zwecke der Zustellung übergeben ist und erst mit diesem Zeitpunkt ist dann das Urteil rechtskräftig (vgl. auch Loewe-Hellweg § 386 Anm. 8.) (Beschluß vom 10. Januar 1906).

382 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Hagen in Frankenthal.

Literatur.

Heinzmann, Dr. Kurt, k. Staatsanwalt in Zwickau. Deutsches Theaterrecht. München 1905, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 200 S. Preis Mk. 4.—.

Der Verfasser bietet in dem kleinen Werke eine Zusammenstellung der für das Theater in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse. Er behandelt in den Hauptpunkten das Theaterpolizeirecht, das Aufführungsrecht, den Engagementsvertrag, das Verhältnis von Publikum und Presse zum Theater, den deutschen Bühnenverein, die Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger, die soziale Stellung des Bühnenberufs. Das Buch ist angenehm zu lesen und wird denen, die sich einen ersten Einblick in die geschilderten Verhältnisse verschaffen wollen, gute Dienste leisten; aber auch nur diesen; denn es ist lediglich eine kompilatorische Arbeit, die nirgends in die Tiefe geht.

W.

Notizen.

Statistik der Zwangserziehung. Die Zeitschrift des Bayer. Statistischen Bureaus veröffentlicht im Jahrgang 1905 Nr. 4 S. 348 eine eingehende Statistik der Zwangserziehung in Bayern für das Jahr 1904. Dieser sind folgende bemerkenswerte Daten zu entnehmen. Es wurden 1904 in Bayern 1443 Zwangserziehungsfälle behandelt. Werden die in den einzelnen Regierungsbezirken angefallenen Angelegenheiten mit der Bevölkerungszahl verglichen, so erweist sich am stärksten belastet Mittelfranken mit 3,79 Fällen auf 10000 Einwohner; sodann folgt Oberbayern mit 2,61 Fällen auf die gleiche Zahl; am geringsten ist der Anfall in Schwaben (1,15 Fälle für 10000 Einwohner). Nürnberg allein weist eine Verhältniszahl von 5,07 auf, München eine solche von 3,81. Betrachtet man die Art der Erledigung der Fälle, so ergibt sich die auffallende Tatsache, daß nur ein ziemlich kleiner Teil mit rechtskräftiger Anordnung der Zwangserziehung endet; in allen Regierungsbezirken — mit Ausnahme der Pfalz und von Oberfranken — überwiegt die Zahl der ergebnislosen Verfahren. Für das Königreich beträgt diese 572 = 39,64%, wogegen es nur in 487 Fällen (33,75%) zur rechtskräftigen Anordnung der Zwangserziehung kam und 384 Fälle (26,61%) unerledigt blieben. Die Distriktsverwaltungsbehörden übernahmen aus dem Vorjahre 137 Fälle, in denen die Zwangserziehung noch zu vollziehen war; hiezu kamen 471 neu überwiesene Minderjährige, sodaß für die Unterbringung von 608 Personen zu sorgen war. Es wurden 418 untergebracht, 4 Fälle erledigten sich auf andere Weise (Tod usw.), 186 oder 30,59% blieben unerledigt. Im ganzen waren (einschließlich der von den Vorjahren übernommenen Zöglinge) 839 Minderjährige untergebracht und zwar 313 (37,31%) in einer Familie, 526 (62,69%) in einer Anstalt. Die Familienerziehung überwiegt, wenn die Ausscheidung nach Geschlecht und Alter betrachtet wird, bei Knaben und Mädchen unter 6 Jahren, sowie bei Knaben im Alter von 13 bis zu 16 Jahren und von 16 Jahren und darüber, in allen anderen Fällen weist die Anstaltserziehung größere Ziffern auf. Unter den Familien, die sich der Beschäftigung mit der Zwangserziehung zugänglich erwiesen haben, gehört weitaus der größte Teil dem landwirtschaftlichen Beruf an. Die Statistik enthält unter Ziff. III sehr wertvolle Aufschlüsse über die persönlichen Verhältnisse der Zöglinge, die einen Einblick in die Gründe gewähren, die zur Verwahrlosung führen. Wegen ihres bedeutenden Umfangs können sie an dieser Stelle auch nicht auszugsweise gewürdigt werden.

364

Unfallfürsorge für die nichtpragmatischen Beamten und Bediensteten. Nach §§ 1, 2 der VO. vom 13. November 1902 (GVBl. S. 701) ist für die Berechnung der aus Anlaß von Betriebsunfällen zu zahlenden Pensionen und sonstigen Entschädigungen (Sterbegeld, Renten der Hinterbliebenen) der Betrag des Diensteinkommens maßgebend. § 4 der VO., der den Begriff des Diensteinkommens näher auslegt, ist jetzt in den Ziffern 1 und 2 durch die VO. vom 5. Januar 1906 (GVBl. S. 7, 8) geändert worden. Ziffer 1 hat einen Zusatz des Inhalts bekommen, daß feststehende Nebenbezüge mit dem vollen Betrag eingerechnet werden, soweit nicht in den Etats anderweitige Bestimmung getroffen ist. In Ziffer 2 wird bestimmt, daß für die Berechnung der ihrem Betrage nach wechselnden Einkommensbestandteile (z. B. Akkordprämien) zunächst die in den Etats oder sonst bei Verleihung des Rechts auf die Bezüge getroffenen Festsetzungen maßgebend sein sollen; nur in Ermangelung solcher tritt die bisher allein vorgeschriebene Berechnung nach dem Durchschnitte der drei letzten Jahre ein. Die Verordnung hat für die Justizverwaltung Bedeutung insbesondere hinsichtlich der für einzelne Gerichts- und Gefängnisgebäude aufgestellten Heizer und der Werkaufseher (unter Umständen auch der Sicherheitsaufseher) in den Strafanstalten.

[1]) Vgl. hierzu die Mitteilung in Nr. 4 des Jahrgangs 1905 S. 105.
[2]) Siehe Nr. 19 des Jahrgangs 1905 S. 408.

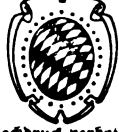
Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ueber einstweilige Verfügungen in Ehesachen.

Von **J. Schäfer**, Oberlandesgerichtsrat in Bamberg.

Ueber die Erlassung einstweiliger Verfügungen in Ehesachen besteht in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung ein lebhafter Streit und zwar über zwei Fragen, nämlich ob bezüglich der in § 627 Abs. 1 ZPO. aufgeführten Fälle auch die allgemeinen Vorschriften über den Erlaß einstweiliger Verfügungen anzuwenden sind, ferner ob der Ehemann der Frau gegenüber zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses im Wege einstweiliger Verfügung angehalten werden kann.

Obwohl über diese beiden Streitfragen bereits eine umfangreiche Literatur vorhanden ist und neue wissenschaftliche Gesichtspunkte kaum noch aufgestellt werden können, dürfte doch eine kurze Darstellung des gegenwärtigen Standes der Sache für die Praxis nicht ohne Interesse sein.

I. Einstweilige Verfügung nach § 627.

Hier ist fraglich, ob in den in diesem § Abs. 1 aufgeführten Fällen, nämlich bei Gestattung des Getrenntlebens der Ehegatten, Regelung der Unterhaltspflicht zwischen den Ehegatten und der Sorge für die Person und den Unterhalt der Kinder, nur die in Abs. 1 und 2 des § 627 enthaltenen Voraussetzungen gegeben oder auch gemäß Abs. 4 a. a. O., lautend: „Im übrigen gelten für die einstweilige Verfügung die Bestimmungen der §§ 936—944" noch die weiteren Bedingungen des § 940 erfüllt sein müssen, so daß die Regelung des einstweiligen Zustandes in den erwähnten Fällen nicht zulässig wäre, wenn sie nicht zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gefahr oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß für die zu erlassende einstweilige Verfügung nach § 627 die Vorschriften des § 940 anzuwenden sind.

JW. 1900 S. 602, 715, 798, 1901 S. 576.
DJZ. 1900 S. 503. RG. Bd. 46 S. 382.
SeuffA. Bd. 56 Nr. 120.

Damit stimmen überein:
Seuffert, Komm. z. ZPO., 9. Aufl. § 627 Ziff. 1.
Struckmann-Koch, Komm. z. ZPO., 8. Aufl. § 627 Ziff. 5.
OLG. Posen in Rspr. d. OLG. Bd. 1 S. 308.

Das OLG. Bamberg hat in neuerer Zeit sich in drei Fällen der Ansicht des Reichsgerichts angeschlossen; in einem in die Revisionsinstanz gelangten Falle hat das Reichsgericht mit Urteil vom 15. Dezember 1904 wieder ausgesprochen, das Berufungsurteil entspreche der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts, der § 627 sei zutreffend angewandt.

Gegenteiliger Meinung sind:
Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO., 6. und 7. Aufl. § 627 Anm. I.
Petersen-Anger, Komm. z. ZPO., 4 Aufl. § 627 Ziff. 1, 2.
Neukamp, ZPO. § 627 Ziff. 2.
OLG. Jena, in BuschZ. Bd. 31 S. 104 und im „Recht" Bd. 6 S. 130.

Die Ansicht des Reichsgerichts verdient den Vorzug aus folgenden Erwägungen:

1. Für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist in erster Linie deren Wortlaut maßgebend. In Abs. 1 des § 627 sind die im Eheprozeß für dessen Dauer zu erlassenden einstweiligen Verfügungen ihrem Gegenstande nach aufgezählt; der Abs. 2 enthält eine Zeitbestimmung, von welcher an die einstweiligen Verfügungen erst erlassen werden können, und der Abs. 3 setzt die Verpflichtung des Gerichtes fest, von der Anordnung hinsichtlich der Kinder dem Vormundschaftsgerichte Nachricht zu geben; endlich in Abs. 4 ist die Vorschrift enthalten, daß im übrigen die §§ 936—944 Platz greifen. Diese Bestimmungen sind an sich klar und deutlich; nur der Ausdruck: „im übrigen" in Abs. 4 bedarf einer Erläuterung.

Durch den § 627 sollten, wie die Begründung zur Novelle sagt, die einstweiligen Verfügungen in Ehesachen eingehender als bisher geordnet werden; bisher waren sie eigentlich gar nicht besonders geordnet gewesen, indem der alte § 584 lediglich auf die allgemeinen Bestimmungen der

§§ 815—822 verwies. Der neue § 627 enthält aber keine vollständige Ordnung der Behandlung der einstweiligen Verfügungen in formeller und materieller Hinsicht; es sind nur Spezialvorschriften über einen Teil der Behandlung gegeben worden; im übrigen Teile sind die §§ 936—944 maßgebend. Das Reichsgericht sagt hierüber mit Recht (JW. 1900 S. 715), der Wortlaut des Abs. 4 ergebe nicht, daß die Vorschriften der §§ 936—944 auf die in Abs. 1 aufgeführten Fälle keine Anwendung finden sollten, vielmehr nur, daß sie für diese Fälle neben den in Abs. 2 und 3 getroffenen Anordnungen in Betracht zu ziehen seien. Die Sache liegt demnach so, daß auf die einstweiligen Verfügungen nach § 627 prinzipiell die allgemeinen Vorschriften der §§ 936—944 Anwendung finden, und Ausnahmen nur Platz greifen, soweit dies in § 627 ausdrücklich angeordnet ist. Es wäre daher richtiger gewesen, im § 627 den Abs. 4 als Abs. 1 an die Spitze zu stellen und Abs. 1, 2, 3 als Spezialausnahmebestimmungen folgen zu lassen.

Da nun in Abs. 4 der strittige § 940 ausdrücklich erwähnt ist, — es hätte ja sonst die Verweisung lauten müssen: §§ 936—939, 941—944 —, so ergibt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, daß er auf die fraglichen Verfügungen anzuwenden ist.

2. Zur Klarlegung einer Gesetzesstelle dient auch ihre Entstehungsgeschichte und der Inhalt der einschlägigen Gesetzgebungsmaterialien.

Letzterer ist hier sehr mager, so daß Auslegungsbehelfe daraus nicht entnommen werden können. Die Würdigung der Entstehungsgeschichte hat aber zwei namhafte Rechtsgelehrte zu gerade entgegengesetzten Ergebnissen geführt. Während der eine (Stein im Komm. a. a. O.) erklärt, es werde durch die Entstehungsgeschichte des § 627 die Ansicht bündig widerlegt, daß die Vorschrift des Abs. 1, wie im bisherigen Rechte, nur die Grenzen, nicht auch die Voraussetzungen und den Inhalt der einstweiligen Verfügungen regele, diese daher nur zulässig seien, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheinen (§ 940), führt der andere (Seuffert a. a. O.) aus:

> „Aus dieser Entwickelungsgeschichte ergibt sich, daß die Verweisung auf § 940 stets aufrecht erhalten wurde. Sie bedeutet, daß das Gericht auch bei Erlassung der in § 627 Abs. 1 aufgeführten Verfügungen zu prüfen hat, ob die einstweilige Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint."

Letztere Auffassung der Entstehungsgeschichte, welcher auch das Reichsgericht beigetreten ist (JW. 1900 S. 715), dürfte wohl die richtige sein. Uebrigens ist hierauf ein besonderes Gewicht nicht zu legen; denn für die Auslegung der Gesetzesvorschrift ist nur diese selbst maßgebend; die Auffassung ihrer Verfasser ist zwar ein wichtiges Auslegungsmittel, aber sie ist nicht entscheidend. Wenn diese Auffassung einen entsprechenden Ausdruck im Gesetzestext selbst nicht gefunden hat, sondern aus dessen Wortlaut und aus dem Zusammenhang seiner Vorschriften sich ein anderer Sinn ergibt, so ist dieser maßgebend (vgl. Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl. Bd. 1 Einl. S. 31).

Hier ist, wie erwähnt, die Anwendbarkeit des § 940 in Abs. 4 des § 627 ausdrücklich ausgesprochen und dies ist entscheidend, sollte auch die Ansicht der Gesetzgeber eine andere gewesen sein, was hier aber gar nicht feststeht.

3. Aus dem Zusammenhange des Gesetzes, insbesondere aus dem Begriffe der einstweiligen Verfügung an sich ergibt sich die Notwendigkeit der Heranziehung des § 940. Einstweilige Verfügungen im Sinne der Zivilprozeßordnung sind Anordnungen des Gerichts zu Sicherungszwecken und zwar entweder zur Sicherung einer gefährdeten Individualleistung (§ 935) oder zur provisorischen Regelung eines Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis bei Gefahr der Störung (§ 940); sie dienen dem Rechtsfrieden des Einzelnen im allgemeinen und bilden einen Bestandteil der den Gerichten in Sachen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit obliegenden Rechtspolizei (vgl. Gaupp-Stein a. a. O. Vorbem. zu § 916 Anm. III). Da bei den in § 627 Abs. 1 aufgezählten Fällen die Sicherung einer Individualleistung (§ 935) ausgeschlossen ist, kann nur eine einstweilige Verfügung nach § 940 in Betracht kommen; es ist deshalb in § 627 Abs. 4 auch nicht auf § 935 verwiesen.

Daß aber die einstweiligen Verfügungen nach § 627 einen anderen Charakter hätten als die übrigen, daß sie insbesondere erlassen werden könnten, wenn auch keine Notwendigkeit zur Ausübung der Rechtspolizei besteht, ist im Gesetze nicht angedeutet und auch nicht anzunehmen.

4. Die gegen die Ansicht des Reichsgerichts vorgebrachten Einwendungen der Gegner sind nicht stichhaltig; die hauptsächlichsten sollen hier kurz besprochen werden.

a) Wenn Stein a. a. O. erklärt, die in Abs. 4 erwähnten §§ 936—944 hätten nur Geltung für die Zuständigkeit und das Verfahren, so ist diese Ansicht durch den Wortlaut der Gesetzesvorschrift widerlegt. Es kann nicht geleugnet werden, daß in Abs. 4 der § 940 ausdrücklich für anwendbar erklärt ist; da aber in diesem § 940 von Zuständigkeit oder Verfahren gar keine Rede ist, solcher vielmehr eine materiellrechtliche Voraussetzung der Erlassung der einstweiligen Verfügung enthält (vgl. Seuffert a. a. O.), so ist die von Gaupp-Stein aufgestellte Ansicht wenigstens in Bezug auf den § 940 nicht haltbar; sie wäre nur richtig, wenn die Verweisung auf § 940 unterblieben wäre.



b) Das OLG. Jena (Busch a. a. O. S. 107) folgert die Nichtanwendbarkeit des § 940 aus Abs. 2 des § 627, indem es ausführt:

„Würde man den Erlaß einstweiliger Verfügungen dieser Art auch noch von den sachlichen Voraussetzungen des § 940 ZPO. abhängig machen, so hätte das zur Folge, daß in den erwähnten Ehesachen auch beim Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen des § 940 ZPO. vor Bestimmung des Verhandlungs- oder Sühnetermins eine solche einstweilige Verfügung überhaupt unzulässig wäre, daß also deren Erlaß insoweit für die erwähnten Ehesachen eingeschränkt wäre. Denn einstweilige Verfügungen sind an sich zulässig, auch bevor die Hauptsache anhängig geworden ist, und es hätte daher die Bestimmung jenes Zeitpunkts (§ 627 Abs. 2) für Fälle der letztgedachten Art entweder gar keinen Zweck oder aber nur die einschränkende Wirkung, von der eben gesprochen worden ist. Ein gesetzgeberischer Grund für eine solche Einschränkung ist aber nicht erkennbar."

Diese Schlußfolgerung ist unrichtig. Aus dem Wortlaute des § 627 Abs. 2 geht klar hervor, daß der Gesetzgeber die Erlassung der fraglichen einstweiligen Verfügungen vor jenem Zeitpunkte ausschließen, also eine Einschränkung in dieser Hinsicht anordnen wollte. Dies bestätigen auch die Motive z. BGB. (Bd. 4 S. 639) ausdrücklich:

„Dagegen fehlt es an einem Bedürfnis und ist es nicht angemessen, schon vor dem in Abs. 2 von § 1462, (dessen Inhalt jetzt in § 627 wiedergegeben ist), „bezeichneten Zeitpunkte eine einstweilige Verfügung zu gestatten."

Hierin ist der gesetzgeberische Grund für die angeordnete Einschränkung der einstweiligen Verfügung angegeben. Der Zweck des § 627 Abs. 2 ist sonach ein selbständiger; er steht mit dem § 940 in keinem Zusammenhang.

c) Endlich wird behauptet (Gaupp-Stein a. a. O. bei Note 10), die einstweiligen Verfügungen in den Grenzen des Abs. 1 seien auf bloßen Antrag eines Ehegatten nach freiem richterlichen Ermessen, auch wenn die Voraussetzungen des § 940 nicht gegeben sind, zulässig; dies ergebe sich aus dem Wortlaute, wenn man ihn unbefangen betrachte, ferner daraus, daß sonst die Bezugnahme auf § 1361 ebenso wie die Uebergehung des § 935 völlig unerklärlich wären und daß es dem praktischen Bedürfnisse in hohem Maß gerecht werde; denn es lasse die Befugnis des Gerichts unberührt, wenn ihm die Voraussetzungen des § 940 dargetan werden, auch in anderen Fällen als denen des Abs. 1 in bezug auf die Sicherstellung des Vermögens u. dgl. einstweilige Verfügungen nach §§ 935 ff. zu erlassen. Hiegegen ist folgendes zu bemerken.

Daß aus dem Wortlaute des Gesetzes sich die Anwendbarkeit des § 940 klar ergibt, und warum der § 935 in Abs. 4 des § 627 übergangen wurde, ist oben schon dargelegt. Die Bezugnahme auf § 1361 hat nichts Unerklärliches an sich, sie steht mit der Verweisung auf § 940 nicht im Widerspruch; dieser Paragraph enthält sachliche Voraussetzungen für die Erlassung der Verfügung, der § 1361 bezieht sich aber auf ihren Inhalt und ist lediglich für die Art und Weise und den Umfang der Unterhaltsgewährung maßgebend (vgl. OLG. Kassel in OLG. Rspr. Bd. 9 S. 81; SeuffA. Bd. 59 S. 478).

Die Befugnis des Gerichts, auch in andern als den in Abs. 1 bezeichneten Fällen einstweilige Verfügungen nach §§ 935 ff. zu erlassen, bleibt unberührt, wenn man auch für die Erlassung der Verfügungen nach § 627 die Voraussetzungen des § 940 verlangt. Der § 627 enthält, wie schon erwähnt, eine Spezialregelung der einstweiligen Verfügungen in einzelnen, bestimmten Ehesachen und findet auf andere Ehesachen, wie z. B. Herstellungs- oder Feststellungsklagen keine Anwendung; in letzteren Sachen sind die §§ 935 ff. selbstverständlich uneingeschränkt anwendbar.

Das praktische Bedürfnis erfordert gerade die Anwendung des § 940 bei Erlassung der fraglichen Verfügungen. Die Gegner erklären das freie richterliche Ermessen für genügend, aber auch dieses führt zur Anwendung des § 940. Freiheit des Ermessens bedeutet nicht richterliche Willkür; die Handlung des Richters muß durch die Umstände gerechtfertigt und geboten sein. Auch eine einstweilige Verfügung kann nicht willkürlich erlassen werden, sondern es muß ein Bedürfnis für die Regelung der betreffenden Angelegenheit vorhanden sein. Der Richter kann doch z. B. die Unterhaltspflicht unter den Ehegatten nicht durch einstweilige Verfügung ordnen, wenn kein Bedürfnis hierzu vorliegt, sondern vielleicht eine bloße Schikane. Der Richter muß also prüfen, ob ein Bedürfnis zur Erlassung der Verfügung besteht. Ist dies aber der Fall, dann sind regelmäßig auch die Voraussetzungen des § 940 gegeben; denn die in § 627 Abs. 1 aufgezählten Fälle sind so gelagert, daß, wenn überhaupt ein Bedürfnis für die beantragte Verfügung vorhanden ist, hierdurch zugleich auch die Notwendigkeit gegeben ist, einen einstweiligen Zustand zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt zu regeln. Wenn Ehegatten im Scheidungsprozesse sich befinden, ist die Fortsetzung des Zusammenlebens nicht wohl möglich; die bestehenden Differenzen werden den klagenden Eheteil zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zwingen, um Feindseligkeiten, insbesondere Tätlichkeiten zu vermeiden; wenn er also um richterliche Erlaubnis hierzu nachsucht, wird die Gestattung des Getrenntlebens oft schon zur Abwendung drohender Gewalt nötig sein. In den meisten Fällen aber wird die Trennung der Gatten schon vorher tatsächlich ohne richterliche Erlaubnis eingetreten sein; hier ist dann die Rechtfertigung dieses Zustandes durch einst-

weilige Verfügung geboten, weil davon der Anspruch des Ehegatten auf Unterhalt gemäß § 1361 abhängig ist und dessen Verlust gewiß ein wesentlicher Nachteil für den Ehegatten wäre, da er hierdurch in Not geraten könnte. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ordnung der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten und der Sorge für die Person und den Unterhalt der Kinder eine dringliche Angelegenheit zur Abwendung wesentlicher Nachteile. Wenn also in diesen Fällen nach richterlichem Ermessen Anlaß zur Erlassung der einstweiligen Verfügung besteht, so sind regelmäßig auch die Voraussetzungen des § 940 gegeben. Daraus folgt, daß hier, im Grunde genommen, bloß ein akademischer Streit vorliegt.

(Schluß folgt.)

Unterhaltsverträge und § 794⁵ ZPO.

Von Amtsrichter **Dr. Adolf Bechmann** in München.

I.

In der auf Seite 234 ff. dieser Blätter abgedruckten Abhandlung ist der Nachweis zu führen gesucht, daß bei dem von einem bayerischen Amtsgerichte beurkundeten Uebereinkommen nach § 1714 BGB., das die Klausel der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung enthält, nicht der Vertrag als solcher, sondern nur das die Schuldnererklärung samt der Klausel enthaltende Protokoll den Vollstreckungstitel im Sinne des § 794⁵ ZPO. zu bilden hat.

Ulmann greift nun auf Seite 397 ff. diese Ausführungen an; seine Gegengründe lassen sich, wie folgt, zusammenfassen: Die ZPO. behandle die Lehre von der exekutorischen Schuldurkunde nicht erschöpfend, sie begnüge sich vielmehr, zwei Grunderfordernisse aufzustellen in der Unterwerfungsklausel und der Beschränkung des Schuldgegenstandes auf vertretbare Werte. Daneben sei dem Sinne nach negativ bestimmt, daß den Urkunden anderer Behörden als deutscher Gerichte und Notare die privilegierte Eigenschaft nicht zukommen soll; dagegen fehle es an einer positiven Zuständigkeitsnorm, sowie an weiteren Verfahrensvorschriften vollständig; diese würden vielmehr als anderwärts vorhanden vorausgesetzt. Demnach habe die Anwendung des § 794⁵ ZPO. allein einen Vollstreckungstitel nicht in die Welt zu setzen vermocht; mangels reichsrechtlicher Regelung habe das Landesrecht die Zuständigkeitsfrage zu regeln. Da diesem aber auch die Bestimmung der Grenzen der Amtsbefugnisse der Urkundsbehörden überlassen sei, so könne es auch bestimmen, daß bei den exekutorischen Urkunden, „die zivilrechtlichen Vertragserfordernisse“ einzuhalten seien, was Bayern in Art. 167 Nr. I Abs. 2 Satz 1 AG. z. BGB. getan habe. Hiedurch sei nämlich den bayerischen Amtsgerichten wahlweise neben den Notaren die Befugnis zu Beurkundungen, welche die in § 1714 mit 1708 ff. BGB. behandelten Ansprüche betreffen, beigelegt worden. Dies sei aber eine absolute Ausnahmevorschrift, welche mit einer äußeren und inneren Umgrenzung ausgestattet sei; die Amtsgerichte seien nämlich innerhalb des genannten Gebietes nicht etwa ermächtigt zu Beurkundungen von Rechtsgeschäften oder von Willenserklärungen überhaupt, sondern ausschließlich von „Vereinbarungen“.

Diesen Ausführungen soll nun im folgenden entgegengetreten werden, sowohl was die Auslegung des Reichsrechts, wie der bayerischen Ausführungsbestimmung anlangt.

II.

Die Behauptung, das Reichsrecht regle die Lehre von der vollstreckbaren Urkunde nicht erschöpfend, habe „einen Vollstreckungstitel überhaupt nicht in die Welt zu setzen vermocht“, steht im Widerspruch mit der allgemeinen Meinung, vor allem aber mit dem Wesen dieses Vollstreckungstitels, wie es in der ersterwähnten Abhandlung an der Hand der zutreffenden, in der Literatur unwidersprochen gebliebenen Ausführungen Kohlers im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 72 S. 1 ff. dargelegt ist.

Ulmann geht auch auf diese Ausführungen nicht weiter ein, versucht vielmehr seine Ansicht ausschließlich aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus zu begründen; er findet in den Worten: „Vor einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form“ eine „dem Sinne nach“ nur negative Bestimmung des Inhalts, „daß den Urkunden anderer Behörden als deutscher Gerichte und Notare die privilegierte Eigenschaft nicht zukommen soll.“

So aufgefaßt ist freilich dem Sinne nach jede positive Zuständigkeitsnorm zugleich negativen Charakters; denn wer einem von vielen ein Amt oder eine Funktion überträgt, schließt zugleich alle anderen hievon aus. Diese komplementäre Nebenwirkung berechtigt aber doch nicht, eine ihrem Willen nach positive Norm als dem Sinne nach negativ zu bezeichnen. Der positive Inhalt der angezogenen Gesetzesworte ist aber der der Begründung der ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit der deutschen Gerichte und Notare zur Errichtung der genannten Urkunden.

Nun will Ulmann aus dem Umstande, daß das Reichsrecht dem Landesrecht überlassen hat, „die Begrenzung der Amtsbefugnisse des Beurkundungsgerichts“ und der Notare zu regeln, das Recht der Landesgesetzgebung herleiten, „die Urkundlichkeit der notwendigen Vertragsbestandteile“ selbst festzusetzen, d. h. auf den vorliegenden Fall angewendet, zu bestimmen, daß hier der ganze Vertrag den Inhalt der Urkunde nach § 794⁵ a. a. O. zu bilden habe.

Diese Auffassung trägt in das Gesetz fremde

Bestandteile hinein. Mit den Worten: Urkunden, welche ein zuständiges deutsches Gericht oder ein deutscher Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse aufgenommen hat, will die ZPO. weiter nichts sagen, als daß die exekutorische Urkunde in der Form einer **öffentlichen** Urkunde auftreten muß, wobei sie den Kreis der für ihre Aufnahme **sachlich** zuständigen Organe genau umschreibt.

Dies ergibt die Heranziehung des § 415 a. a. O. Dort ist mit den Worten: „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind" die Begriffsbestimmung der öffentlichen Urkunde gegeben. In § 794[5] ist nun die öffentliche Behörde (das Gericht), bzw. die mit öffentlichem Glauben versehene Person (der Notar) ausdrücklich benannt; setzt man diese aber in den oben wiedergegebenen Begriff der öffentlichen Urkunde ein, so ergibt sich die völlige Uebereinstimmung der beiden Gesetzestexte. Daraus ergibt sich, daß in § 794[5] nichts weiter gesagt sein soll, als daß die exekutorische Urkunde von den genannten Behörden (Gericht oder Notar), nicht als private, sondern als öffentliche errichtet sein muß.

Da aber die ZPO. sich darauf beschränkt hat, den Begriff der öffentlichen Urkunde festzustellen, bei der außerordentlichen Mannigfaltigkeit ihrer Erscheinungsform auch gar nicht anders konnte, als das zu ihrer Errichtung erforderliche Verfahren der Spezialgesetzgebung (sei es der reichs- oder landesrechtlichen) zu überlassen, so mußte es in beiden Gesetzesstellen, in § 415 wie in § 794[5] sich damit begnügen, auf diese hinzuweisen und das hat sie eben mit den Worten: „innerhalb der (scil. durch Spezialgesetze näher zu bestimmenden) Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der (scil. wie oben) vorgeschriebenen Form" getan (s. auch Planck, Lehrbuch Bd. II S. 216). Während aber § 415 der Spezialgesetzgebung die Form der öffentlichen Urkunde, wie die Regelung der **örtlichen** und **sachlichen** Zuständigkeit überläßt, ist § 794[5] insofern enger gefaßt, als er die sachlich zuständigen Behörden selbst bestimmt. Gleichzeitig gibt er eben mit den Worten: „sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat" den notwendigen Inhalt der exekutorischen Urkunde an, sodaß der Spezialgesetzgebung außer der örtlichen Zuständigkeit, bezw. deren Abgrenzung zwischen Gericht und Notar und der Form nichts weiter zur Regelung überlassen geblieben ist.

Das Unternehmen, aus dem Wortlaut des Gesetzes die Ansicht zu rechtfertigen, als ergebe sich die „Urkundlichkeit der notwendigen Bestandteile" des durch § 794[5] ZPO. geschaffenen Vollstreckungstitels nicht aus dieser Bestimmung allein, sondern für den zur Erörterung stehenden Fall nur „im Zusammenhalt mit Art. 167 Nr. I AG. z. BGB.", muß daher als verfehlt zurückgewiesen werden.

III.

Nun hat aber der bayerische Gesetzgeber eine derartige Ergänzung des § 794[5] ZPO. gar nicht gewollt.

Art. 167 a. a. O. besagt:

„Die Amtsgerichte sind neben den Notaren zuständig für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem über den Unterhalt für die Zukunft . . ."

Ulmann legt nun Gewicht auf die „besondere Formulierung des bayerischen Gesetzes" und will aus ihr, wie aus den in der Gesetzesbegründung niedergelegten Absichten des Gesetzgebers die Folgerung ableiten, daß diese Bestimmung die „Rahmenvorschrift des Reichsprozeßgesetzes **unmittelbar** ergänze"; sie stelle eine Ausnahme innerhalb der für Bayern sonst gewählten Regelung des Beurkundungswesens dar; welche nicht nur mit einer äußeren, sondern auch einer wesentlichen inneren Umgrenzung ausgestattet sei, indem die bayerischen Amtsgerichte nur gewisse, im Gesetz genau bezeichnete Vertragsverhältnisse beurkunden dürften, innerhalb dieses Kreises aber nur **Vereinbarungen**, nicht Rechtsgeschäfte oder Willenserklärungen überhaupt beurkunden dürften. Daraus ergebe sich, daß bei Verträgen nach § 1714 BGB. für Bayern die notwendigen Bestandteile der exekutorischen Urkunde die „Gesamtheit der zivilrechtlichen Vertragserfordernisse" sei.

Hätte der bayerische Gesetzgeber in der Tat die Absicht gehabt, in dieser Weise den § 794[5] ZPO. zu ergänzen, so hätte er nach dem oben dargelegten seine Kompetenz, die ihn nur zur Regelung der Zuständigkeitsfrage berechtigt (bezügl. der Formfrage sei auf §§ 168 ff. FGG., bzw. Art. 24 ff. BayNotG. verwiesen) überschritten. Es kann aber Ulmann nicht zugegeben werden, daß Art. 167 a. a. O. etwas anderes als eine Zuständigkeitsnorm enthält und enthalten sollte.

Wie die Begründung zu dieser Gesetzesstelle (Becher, Mat. Bd. 2 S. 99 f.) ausführt, war in Bayern das Notariat nach der früheren Rechtsgestaltung die alleinige Urkundsbehörde und sollte dies auch nach dem 1. Januar 1900 bleiben. Darnach waren und sind die Gerichte zur Aufnahme öffentlicher Urkunden nur in den Fällen zuständig, in denen ihnen die Zuständigkeit durch besondere Vorschrift übertragen ist. Nun hatten die bayerischen Vormundschaftsgerichte zwar schon bisher Vereinbarungen zwischen dem Vater eines

unehelichen Kindes und diesem im Sinne des § 1714 BGB. durch Protokolle festgestellt; dies hatte aber nicht die Bedeutung einer öffentlichen Beurkundung, da die Gerichte eben früher hiezu nicht zuständig waren, sondern diente nur als Grundlage für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

Nun fordert aber, wie dargelegt, § 794[5] ZPO. eine öffentliche Beurkundung; um nun „die öffentliche Beurkundung, insbesondere die Aufnahme einer Urkunde, aus der nach § 794[5] ZPO. die Zwangsvollstreckung stattfindet", vornehmen zu können und den Kindsvater hiewegen nicht zum Notar schicken zu müssen, wozu er sich kaum verstehen würde, hat man die genannte Gesetzesstelle geschaffen (Becher a. a. O. S. 100) d. h. die Gerichte neben den Notaren ermächtigt, Unterhaltsverträge, die ja an sich keiner Form bedürfen, öffentlich zu beurkunden und damit auch Urkunden im Sinne des § 794[5] ZPO. als Vollstreckungstitel zu schaffen.

So hat der bayerische Gesetzgeber allerdings um des § 794[5] ZPO. willen den Art. 167 Nr. I Abs. 2 Satz 1 geschaffen. Er hätte sich demnach auch darauf beschränken können, zu sagen, die Amtsgerichte sind bezügl. der Verträge nach § 1714 BGB. zuständig, Beurkundungen im Sinne des § 794[5] ZPO. vorzunehmen; er hat aber die weitere Fassung gewählt, für das besprochene Gebiet die Amtsgerichte den Notaren gleichgestellt und demnach ermächtigt, diese Verträge schlechthin, ohne Beschränkung auf eine spezielle Art, zu beurkunden. Bei dieser schrankenlosen Gleichstellung mit dem Notariat kann daher nicht behauptet werden, die Gerichte seien durch Art. 167 a. a. O. nur ermächtigt worden, „Vereinbarungen", nicht aber auch einseitige Willenserklärungen entgegenzunehmen. Die von Ulmann behauptete „innere Umgrenzung" der amtsgerichtlichen Befugnisse besteht nicht und ist weder dem Gesetzestexte, noch den gesetzgeberischen Vorarbeiten zu entnehmen.

IV.

In der ersterwähnten Abhandlung ist weiter noch ausgeführt, daß vom gegnerischen Standpunkte aus der um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung angegangene Gerichtsschreiber genötigt wäre, die materiellrechtliche Frage zu prüfen, ob ein gültiger Vertrag überhaupt zustande gekommen ist, eine Frage, deren Beantwortung nicht in den Geschäftskreis des Gerichtsschreibers, wie er ihm durch die ZPO. angewiesen ist, gehört.

Dem gegenüber macht Ulmann geltend, der Gerichtsschreiber müsse ja auch nach der hier vertretenen Auffassung prüfen, „ob überhaupt das Schuldversprechen sich mit der Unterhaltsleistung für ein uneheliches Kind seitens dessen Vaters befaßt", damit also auch auf eine materielle Rechtsfrage eingehen! Ist es nun aber wirklich ein Eingehen auf materielle Rechtsfragen, wenn der Gerichtsschreiber das Protokoll des Amtsrichters zur Hand nimmt, darin die Erklärung des Kindsvaters liest: „Ich rc. rc. erkenne die Vaterschaft zu dem von der X. am . . . geborenen Kinde an und verpflichte mich zu folgenden Unterhaltsbeiträgen . . . ." und daraus den Schluß zieht: hier habe ich es mit einer die Unterwerfungsklausel enthaltenden Urkunde nach § 794[5] ZPO. im Zusammenhalt mit Art. 167 a. a. O. zu tun? Muß er diese diagnostische Tätigkeit nicht auch bei den anderen Vollstreckungstiteln vornehmen, ohne daß man deswegen von deren materiellrechtlichen Prüfung reden kann? Der Unterschied zwischen dieser Prüfung und der nach dem Vorhandensein eines rechtsgültigen Vertrages liegt doch wohl auf der Hand.

Freiheit als Rechtsinhalt.

Von
Dr. Robert Piloty, Universitätsprofessor in Würzburg.

Freiheit des Willens ist in der reinen Begriffswelt das umstrittenste Kampfgebiet der Philosophie. Freiheit der Gesinnung ist Erkenntnisobjekt der theoretischen und Ziel der praktischen Politik. Daß die Freiheit der Tat es ist, welche den Hauptinhalt des Rechtes bildet, wird über den formellen Eigenschaften des Rechtes und über dem im Rechte waltenden Zwang zu leicht übersehen. Und doch ist gerade dies der eigentliche Kern nicht nur des idealen, sondern auch des realen, konkreten, positiven Rechtes und zwar nicht nur des privaten, sondern auch des öffentlichen, des materiellen und des formellen, kurz alles Rechtes.

Nur muß man, um zu dieser Erkenntnis zu gelangen, vorerst eine Unterscheidung machen. Nur das Recht, welches Interessen schützt, nicht das Recht, mit welchem Interessen verfolgt werden, hat die Freiheit der Tat zum Inhalt. Die Bedeutung dieser Unterscheidung aber pflegt mehr geahnt als verstanden zu werden. Wenn Georg Jellinek die objektive Erkenntnis des Individuellen als die höchste Stufe der Wissenschaft behauptet oder wenn Jakob Burckhardt in all' seinen Schriften einen unerbittlichen Kampf gegen die Macht, als das an sich Böse führt, oder wenn Friedrich Nietzsche den Willen zur Macht als das Prinzip des Lebens nachzuweisen sucht, so ist hier überall eine Andeutung dessen zu finden, was jene Unterscheidung allein zu klären vermag.

Das Recht spielt im Leben die doppelte Rolle, es schützt Interessen und es dient der Verfolgung von Interessen. Soweit es Interessen schützt, ist es nicht selbst Interesse, sondern nur Anerkennung einer individuellen Selbstbestimmung. In dieser Funktion ist das Recht Ordnung im wilden Kampf der Interessen. Der wilde Kampf wird als das Kulturfeindliche selbst bekämpft durch eine relativ

feste Ordnung. Die Kräfte, welche dort regellos und formlos walten, sind hier gebunden. Das Gebundene ist der menschliche Wille. Aber die Bindung ist keine Unterbindung, keine Vernichtung, sondern im Gegenteil eine Bestätigung der Freiheit der Tat. Gebundene Kraft ist nicht nur in der Natur sondern auch in der Kulturgemeinschaft, Staat und Gesellschaft, durch die Rechtsordnung gesteigerte Kraft. So wird die Fessel nicht nur im Bilde sondern in der Wirklichkeit zur Kraftquelle. Es liegt dieser Gedanke dem philosophischen System Hobbes und der Staatslehre Rousseaus zugrunde. Was im Staate und seiner Rechtsordnung die ursprünglich wilden Menschen durch Unterordnung hingeben, das erhalten sie durch die Rechtsordnung als Freiheit wieder zurück. Der Begriff der bürgerlichen Freiheit im Gegensatze zur Wildheit ist damit zur bewußten, objektiven Erkenntnis erhoben worden und diese Erkenntnis ist die Gründerin des modernen Staates geworden. Der antiken Kultur war sie nicht fremd, aber in Griechenland und Rom konnte sie das System der Sklaverei nicht überwinden. In der englischen Staatsentwickelung ist sie zur historischen Tatsache, in Frankreich zum Prinzip und in den Verfassungen der modernen Staaten zum Gesetz geworden.

Indem die Verfassung eine rechtliche Ordnung der Herrschaft ist, setzt sie zwar die Herrschaft und das Recht gleichmäßig voraus, gibt sie aber zugleich ein festes Verhältnis zwischen Herrschaft und Recht zu erkennen. Die Tatsache der Ueberordnung des Herrscherwillens über den Willen des Untertan wird zum Rechtssatz und was hier durch das Recht geschützt ist, das ist auf beiden Seiten die Freiheit der Tat, dort die Freiheit der Herrschaft innerhalb der Schranken des Rechtes, hier die Freiheit des Untertan innerhalb der Schranken des Rechtes. Die vorher ungebundene Freiheit, die Willkür, ist jetzt gebunden und damit in ihrer Kraft gesteigerte Freiheit. Die Freiheit der Selbstbestimmung, welche vorher ein reines Machtverhältnis war, ist jetzt Rechtsinhalt geworden. Was früher bloßes Können war, ist jetzt ein Dürfen geworden. Sowohl die Herrschaft als auch die Untertanschaft hat allen Grund, sich dessen andauernd bewußt zu sein. Es liegt in diesem zum Recht gewordenen Gedanken ein Antrieb, der rechtlichen Macht auf beiden Seiten sich nicht nur bewußt zu sein, sondern auch in der Tat zu bedienen. Die Freiheit der Tat, welche die Natur verlangt und das Recht gewährt, muß sich entfalten, wenn nicht das Leben selbst Schaden leiden soll. Was nützt das Dürfen, wenn nicht wieder das Können und das Tun hinzukommen? Das Recht soll nur die Ordnung geben, aber nicht die Wirksamkeit stören. Ein Recht zu haben, ist wertlos für den, der es nicht anwenden kann.

Darin zeigt sich nun der oben prinzipiell gemachte Unterschied in seiner praktischen Anwendung. Es sind nicht die Interessen selbst, welche das Recht fixiert, sondern das Recht überläßt deren Erkenntnis und Verfolgung durchaus dem Leben, d. i. den Individuen und ihren Gemeinschaften, setzt dabei freilich den Unterschied von Herrschaft und Untertanschaft voraus, knüpft an das Gegebene an.

Die Freiheit als Inhalt des Rechtes ist unter allen Umständen die rechtlich anerkannte und geschützte Selbstbestimmung, für Herrschaft sowohl als auch für Untertanschaft. Ihren Inhalt an Interessen bestimmt die Herrschaft wie auch die Untertanschaft selbst durch die rechtlich freie Tat. Die korrespondierenden Begriffe der beiden Rechts- und Lebenssphären, des Oeffentlichen und des Privaten, sind die Souveränität und die Handlungsfähigkeit. Beides ist Fähigkeit der Selbstbestimmung. Souveränität ist die Handlungsfähigkeit der Herrschaft, Handlungsfähigkeit ist die Souveränität des Untertan. In ihrer Sphäre bestimmen Herrschaft und Untertanschaft sich durchaus gleichmäßig nach dem Prinzip der Freiheit.

Wie der Inhalt der Souveränität, so ist auch der Inhalt der Handlungsfähigkeit positiv durch keine Rechtsordnung zu bestimmen. Man darf dort und hier Alles, was nicht verboten ist und das Dürfen ist ein freies, soweit nicht das Müssen der positiven Norm den Willen bannt und zwingt.

Somit ist die Rechtsordnung ihrem Wesen nach unmittelbar durchaus eine Machtordnung und keine Interessenordnung. Nur mittelbar wirkt sie auf die Gestaltung der Interessen, die an sich aller Rechtsordnung vorangehen. Auch diese mittelbare Wirkung entsteht aber nur durch die Anwendung des Rechtes, dadurch nämlich, daß das berechtigte Subjekt von der rechtlich geschützten Selbstbestimmung auch wirklich Gebrauch macht. Mit der Selbstbestimmung findet immer wieder in gewissem Maße eine Rückkehr zur Willkür, d. i. zur Rechtlosigkeit statt. Das berechtigte Subjekt umfaßt im gesunden Zustande mit seinem Willen alles, was ihm nützt und ist davon durch keine Rechtsordnung abzubringen. Es hat auch nicht etwa bei Bestimmung dessen, was ihm nützt, zu warten, bis ihm dafür irgend eine Autorität die Weisung erteilt. Sicher ist die bloße Erfüllung der Anforderungen des Rechtes kein ausreichender Lebensinhalt selbst für das meistberechtigte Subjekt.

Daher bleibt der Kampf der Interessen auch innerhalb der höchstdifferenzierten Rechtsordnung bestehen und was in diesem Kampfe die gegensätzlichen oder übereinstimmenden Interessen bestimmt, das ist der autonome Wille des Subjekts, nur daß dieses bei bestehender Rechtsordnung sich in der Bestimmung und Verfolgung seiner Interessen seines Rechtes bedienen kann. Mit anderen Worten, das berechtigte Subjekt verfolgt seine Interessen durch sein Recht, durch die rechtlich geschützte Selbstbestimmungsfreiheit. Hier

ist dann die Freiheit nicht mehr bloßer Rechtsinhalt, sondern zugleich eine Macht, die sich als Mittel zur Lebensführung darbietet und die zu nützen, nicht mehr eine Forderung des Rechtes, sondern ein Gebot der Selbsterhaltung, unter Umständen sogar eine ethische Pflicht ist.

Daß diese Ausnützung des Rechtes zur Interessenverfolgung für beide Lebenssphären, die öffentliche und die private, gleichmäßig gelte, wird über den Verschiedenheiten, die in den formellen Merkmalen der beiden Rechtssphären so sehr in die Augen springen, gar zu leicht übersehen. Man befindet sich noch immer unter dem Einfluß fortwirkender, althergebrachter Vorurteile, wenn man in der öffentlichen Rechtsordnung nichts weiter als einen Kodex öffentlicher Untertanenpflichten, in der privaten Rechtsordnung aber nichts weiter als ein System subjektiver Privatrechte erblickt. Daß in der öffentlichen Rechtsordnung die Pflicht dem Rechte, in der privaten umgekehrt das Recht der Pflicht voranstehe, ist zweifellos richtig, allein der entscheidende Ausgangspunkt ist in beiden Sphären derselbe, nämlich Freiheit der Selbstbestimmung, dort der Herrschaft, hier der Untertanschaft, in beiden Fällen also des handelnden Subjektes.

Die nötige Klarheit darin zu bewahren, ist nicht so leicht als man gewöhnlich denkt und ist um so schwieriger, je mehr der Einfluß wächst, welchen die Untertanschaft selbst nach den Schablonen des Konstitutionalismus und des Parlamentarismus an der Ausübung der Herrschaft gewinnt. Im Eifer der Regierungsfreudigkeit wird gerade von den an der Ausübung der Herrschaft beteiligten Untertanen allzuleicht vergessen, daß die Freiheit, auch wenn sie durch die gewichtigsten Grundsätze der Verfassung rechtlich garantiert ist, durch die Art der Ausübung der Herrschaft in Gesetzgebung und Verwaltung tatsächlich leicht sehr empfindlich beschränkt, ja vernichtet werden kann. Nicht nur durch eine autokratisch fürstliche Regierung, auch durch eine parlamentarische Regierung und selbst in der Demokratie kann die Freiheit als Rechtsinhalt zum bloßen Buchstaben werden und sich in ihr Gegenteil verkehren. Was der Untertan in seiner Tätigkeit als Parlamentarier, also in Ausübung der Herrschaft an freiem Selbstbestimmungsrechte für die Gestaltung der öffentlichen Rechtsordnung zu gewinnen scheint, das entzieht er sich und Anderen nur allzuleicht für die private Untertanensphäre.

Und hiezu kommt noch ein Weiteres. Die Freiheit als Rechtsinhalt äußert sich im Privatrechte anders als im öffentlichen Rechte. Hier nämlich besteht eine Schranke, welche dort zwar nicht fehlt aber doch eine durchaus andere Gestalt hat.

Das privatrechtlich freie Subjekt, das Individuum, ist nur durch seinen Willen bestimmbar in der Abgrenzung seiner privaten Interessensphäre. Ob es sein wahres Interesse erkenne und verfolge, ist seine Sache; wenn es sich selbst durch Unvernunft schädigt oder gar vernichtet, so ist das rechtlich gleichgültig. Kein Handlungsfähiger hat ein Recht darauf, daß der Andre zu seinem Vorteil denke, handle, wirtschafte und niemand hat die Pflicht, für den Andern aufzukommen, wenn dieser gegen sein eigenes Interesse arbeitet. In der Sphäre des öffentlichen Lebens und Rechtes dagegen besteht eine allgemeine Schranke von rechtlicher Natur darin, daß alles, was hier geschieht, zum gemeinen Besten zu geschehen hat. Die Richtung aller Staatstätigkeit auf das Gemeinwohl ist nicht etwa nur eine akademische Behauptung oder ein politisches Prinzip, sondern sie ist ein Satz des Rechtes und zwar der oberste von allen. Das Gesamtinteresse ist der Herrschaft nicht in derselben Weise zur freien Disposition gestellt wie sein Privatwohl dem einzelnen, sondern es ist die einzige Rechtfertigung der Herrschaft; die Handlungsfähigkeit der Herrschaft, die Souveränität, besteht nur in diesem Rahmen, denn Herrschaft ist nur im Staate möglich, der Staat aber ist nicht eine beliebige Menschengemeinschaft, sondern ein Zweckverband und der Zweck dieser Gemeinschaft ist das Wohl Aller. Daß nun zwischen Individualinteresse und Gesamtinteresse eine sehr nahe, nie ganz zu lösende Verbindung besteht, ist klar, ja es lehrt die Geschichte der Staaten, des Rechts und der Kultur sehr deutlich, daß diese Verbindung ihrer Art nach im Wechsel der Zeiten selbst eine wechselnde ist. Als eines der stetigsten aber unter den Elementen dieser Verbindung ist mit Sicherheit die Freiheit als Rechtsinhalt zu behaupten.

Dem gegenüber erhebt sich der alte Einwand, die Freiheit liege außerhalb des Staates und des Rechtes; das oberste Prinzip des Staates und des Rechtes sei nicht die Freiheit, sondern die Pflicht. Es liegt mir ebenso fern, diesen Einwand zu bekämpfen, wie ich bekennen muß, daß er, richtig verstanden, mit den obigen Ausführungen nicht im Widerspruch stehe. Umfaßt das Privatrecht Rechte, denen Pflichten gegenüberstehen, so ist das öffentliche Recht ein System von Pflichten, welchen Rechte entsprechen. Die ganze Rechtsordnung ist daher ein System von Abhängigkeiten. Man ist sich wechselseitig im Rechte im selben Maße verpflichtet, wie man sich im Leben wechselseitig braucht. Pflicht und Recht entspringen der Not und den Bedürfnissen des Lebens. Aber das Leben selbst liegt eben nicht außerhalb des Staates und des Rechtes. Vielmehr sind Staat und Recht selbst nur besondere Erscheinungen des Lebens. Das Leben aber, welches sich selbst in der strengsten Gemeinschaft, dem Staate, doch immer nur in der Gestalt der menschlichen Individualität zur Erscheinung bringt, ist mit all seinen natürlichen Voraussetzungen die unvermeidliche Schranke auch für Rechte, Herrschaft und Staat. Das Leben selbst ist es daher, was dem

Recht seinen positiven Inhalt gibt und die Normen des Rechtes mit Sinn erfüllt wie die Soldaten die Kadres des Heeres. Leben aber ist in erster Linie Selbstbestimmung und erst in zweiter Linie Abhängigkeit, und auch der Staat — sollte wenigstens nicht Last sondern Flügel sein.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zur Frage der Einwirkung der Zivilprozeßnovelle vom 5. Juni 1905 auf den Ansatz der Gerichtskosten. Die Nr. 17 dieser Zeitschrift von 1905 bringt S. 366 eine Besprechung der Abhandlung des Unterzeichneten in der JW. von 1905 S. 419; sie schließt sich den Ausführungen dieser Abhandlung bis auf einen allerdings nicht unwesentlichen Punkt an. In dieser Abhandlung war gesagt, daß im Falle der Anwendung des durch § 574 Abs. 2 der Zivilprozeßnovelle von 1905 gewährten neuen Rechtsbehelfes gegen eine Entscheidung des Oberlandesgerichts, welche eine Beschwerde über eine oberlandesgerichtliche Entscheidung als unzulässig verwirft, durch den endgültigen Beschluß des Beschwerdegerichts (nämlich des Reichsgerichts oder bayerischen Obersten Landesgerichts) die gedachte Vorentscheidung des Oberlandesgerichts entweder bestätigt und somit in die neue Entscheidung aufgenommen oder aufgehoben werde und daß damit in beiden Fällen die oberlandesgerichtliche Vorentscheidung ihre Wirkung und ihre Selbständigkeit für den Kostenansatz verliere. Abweichend hiervon vertritt obige Besprechung die Ansicht, daß, sobald der nach § 574 Abs. 2 ZPO. zulässige Antrag auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts in gesetzlicher Form und Frist gestellt ist, die beanstandete Vorentscheidung des Oberlandesgerichts ohne weiteres vollständig beseitigt sei und daß selbst das Beschwerdegericht nicht in der Lage sei, diese Vorentscheidung aufrecht zu erhalten, es vielmehr ohne Rücksicht auf diesen nicht mehr existierenden Beschluß die Frage der Zulässigkeit entscheiden müsse. Dieser Auffassung dürfte jedoch schon die Vorschrift des § 87 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes entgegenstehen, wonach nur soweit, als eine gerichtliche Entscheidung demnächst aufgehoben oder abgeändert wird, die durch sie begründete Kostenpflicht erlischt, sodaß also im Falle der Bestätigung einer vorangegangenen Entscheidung beide Entscheidungen, die bestätigende und die bestätigte, Anlaß und Gegenstand des Gerichtskostenansatzes sein können. Eine kaum gewollte Folge würde sich übrigens auch bei späterer Rücknahme des gestellten Antrags auf Entscheidung des Beschwerdegerichts ergeben, indem alsdann jede Gebühr für die oberlandesgerichtliche Vorentscheidung hinwegfiele. Gegen die gedachte abweichende Auffassung hat sich aber auch neuerdings das Reichsgericht in einem Beschlusse des V. Zivilsenats vom 13. Dezember 1905 (JW. 1906 S. 68) ausgesprochen. Danach soll, während nach jener Auffassung die beanstandete oberlandesgerichtliche Vorentscheidung für den Kostenansatz stets als völlig beseitigt gilt und nur für den Beschluß des Beschwerdegerichts eine Gebühr erhoben werden darf, gerade umgekehrt, falls das Beschwerdegericht die Entscheidung des Oberlandesgerichts aufrecht erhält, diese nicht ihre Wirkung verlieren, sondern bestehen bleiben und mit der Gebühr des § 45 besteuert werden, das Reichsgericht bzw. die Reichskasse dahingegen nicht diese Gebühr für den erlassenen Beschluß beanspruchen können. Nach der Meinung des Reichsgerichts ist in vorliegendem Falle die auf Antrag des Beschwerdeführers erfolgte Nachprüfung der Zulässigkeit der abgewiesenen Beschwerde nach keiner gesetzlichen Bestimmung ein gebührenpflichtiger Akt, wenn sie zur Aufrechterhaltung der Entscheidung des Oberlandesgerichts führt. Es kann fraglich sein, ob diese Auffassung, welche auch die bezüglichen entgegengesetzten Ausführungen der anfangs bezeichneten Abhandlung als unrichtig verwirft, mit den Absichten des Gerichtskostengesetzes und der Zivilprozeßnovelle im Einklange steht. Die Zivilprozeßnovelle vom 5. Juni 1905 ist ausweislich ihrer Begründung davon ausgegangen, daß der Beschwerdeführer durch den Antrag auf Entscheidung des Beschwerdegerichts lediglich zu erkennen gebe, daß er die Beschwerde aufrecht erhalte. Die Vorentscheidung des Oberlandesgerichts charakterisiert sich damit — als eine bloße Zwischenverfügung[1]) im Sinne des § 45 GKG., sodaß in vorliegendem Falle — als die „Entscheidung in der Beschwerdeinstanz" d. h. also als endgültige Entscheidung auf die Beschwerde, an die § 45 GKG. die Entstehung der Gebühr knüpft, nur die nachprüfende Entscheidung des Beschwerdegerichts gelten kann. Es dürfte dafür noch der wichtige Umstand sprechen, daß § 45 selber in seinem zweiten Absatze einen ganz ähnlichen Fall im gleichen Sinne gesetzlich geregelt hat, indem er nämlich für die Nachprüfung der Entscheidung eines beauftragten oder ersuchten Richters (ZPO. § 576) ebenfalls die Beschwerdegebühr des Abs. 1 vorschreibt, womit also jedenfalls die Nachprüfung an sich unter allen Umständen als eine gebührenpflichtige Entscheidung gekennzeichnet wird. Zu beachten ist hierbei noch, daß das Gerichtskostengesetz — abgesehen von den Vorschriften der §§ 4, 6 und 47 — hinsichtlich der Gebührenpflicht bei Entscheidungen an sich grundsätzlich keine Unterscheidung bezüglich des davon betroffenen Gegenstandes macht und dem Gegenstande nur für die Höhe der Gebühr eine Bedeutung beilegt (vgl. Einleitung S. 27 in dem Kommentar des Unterzeichneten Aufl. 8). So ist z. B. durch § 26 Nr. 5 in den Fällen, in denen es sich um die Nachprüfung der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Berufung, Revision oder der Wiederaufnahme des Verfahrens handelt, wohl eine Gebührenermäßigung aber keine Gebührenfreiheit zugelassen. Andererseits gilt als Grundsatz des GKG., soweit nicht darin Ausnahmen zugelassen sind (wie z. B. durch §§ 29, 32, 45), daß es für die Besteuerung der Entscheidung nicht darauf ankommt, ob letztere dem Antrag entspricht oder ihn zurückweist. Hiernach dürfte sich aus den Bestimmungen des GKG. kaum ein Grund ableiten lassen, die Nachprüfung der Zulässigkeit der Beschwerde im vorliegenden Falle, wenn sie zur Aufrechterhaltung der oberlandesgerichtlichen Entscheidung führt, gebührenfrei zu lassen, zumal mit der Bestätigung dieser Entscheidung doch zugleich die endgültige Abweisung der Beschwerde auszusprechen ist. Zu einem

[1]) Auch der II. Zivilsenat des Reichsgerichts bezeichnet in einem Beschlusse vom 27. Oktober 1895 (JW. S. 730) die oberlandesgerichtliche Entscheidung nur als eine vorläufige, durch die das Beschwerdegericht in keiner Weise gebunden ist.

weiteren Bedenken könnte übrigens die Anwendung der vorstehenden Auffassung des Reichsgerichts führen, sofern bei der Nachprüfung des Reichsgerichts der Grund, aus welchem das Oberlandesgericht die Beschwerde als unzulässig verworfen hat, nicht gebilligt, dagegen ein anderer Grund gefunden wird, aus dem sich die Verwerfung der Beschwerde rechtfertigt. Dazu kommt noch, daß, wenn es auch beim Vorliegen mehrerer gebührenpflichtiger Entscheidungen in derselben Instanz zweifelhaft sein kann, an welche dieser Entscheidungen sich gemäß § 28 GKG. die Erhebung der Entscheidungsgebühr knüpfen soll, ein solcher Zweifel gerade bei der Beschwerdegebühr im Hinblick auf den Wortlaut des § 45 ausgeschlossen ist, weil hiernach die Beschwerdegebühr, da sie das ganze der Entscheidung „vorangegangene Verfahren" mitvergüten soll, nur für die letzte Entscheidung in der Beschwerdeinstanz zum Ansatze kommen kann.

Geh. Kanzleirat im Reichs-Justizamt Pfafferoth in Berlin.

Zu § 420 StPO. Zwischen wem muß der Sühnetermin stattfinden, wenn ein Minderjähriger beleidigt wird? Muß ein Sühnetermin stattfinden, wenn der Minderjährige an einem Orte mit dem Beleidiger, sein gesetzlicher Vertreter aber außerhalb des Gemeindebezirkes wohnt?

Für die Minderjährigen unter 18 Jahren und die geschäftsunfähigen Minderjährigen sowie die entmündigten Volljährigen ist die erste Frage dahin zu beantworten, daß der Sühnetermin mangels eines selbständigen Antragsrechts zwischen dem Beleidiger und dem allein zum Strafantrag berechtigten gesetzlichen Vertreter abgehalten werden muß, da die Parteien, zwischen denen nach § 420 I StPO. die Sühne zu versuchen ist, der Beleidiger und der gesetzliche Vertreter sind. In diesen Fällen ist also gemäß § 420 II vom Sühnetermin abzusehen, wenn der Angreifer der Ehre und der gesetzliche Vertreter in verschiedenen Gemeindebezirken wohnen.

Zweifelhafter ist die Lösung, wenn der beleidigte Minderjährige das 18. Lebensjahr überschritten hat und sohin selbständig gegen seinen Angreifer Antrag auf Bestrafung stellen kann (§ 65 I StGB.).

In einem solchen Falle hat jüngsthin der amtierende Richter in der Hauptverhandlung sich dafür entschieden, daß nicht zwischen dem gesetzlichen Vertreter des Beleidigten und dem Beleidiger, sondern zwischen letzterem und dem Minderjährigen der Sühneversuch stattfinden müsse, da dieser antragsberechtigt und somit Partei sei. In Durchführung dieser Anschauung wurde daher dem Rechtsbeistand des namens seines Sohnes klagenden Vaters, der an einem andern Orte wohnte als sein von ihm vertretener, mit dem Angeklagten den gleichen Wohnsitz teilender Sohn, durch Gerichtsbeschluß aufgegeben, binnen 4 Wochen ein Zeugnis über die zwischen dem Minderjährigen und seinem Beleidiger erfolglos versuchte Sühne beizubringen. Diese Entscheidung krankt meines Erachtens an 2 Mängeln.

Der Richter gründete seine Anschauungen darauf, daß er annahm: Nach § 420 müsse der Erhebung der Klage ein Sühneversuch zwischen den Parteien vorausgehen und Partei sei in diesem Falle, da antragsberechtigt, der Minderjährige, nicht sein Vater, nur daß er nicht selbständig seine Parteirechte ausüben könne, sondern sich durch seinen Vater vertreten lassen müsse.

Diese Auffassung ist falsch. Die Erhebung der Klage ist nach § 420 Abs. I StPO. erst zulässig, wenn die Sühne erfolglos versucht ist, nach Abs. II findet diese Bestimmung keine Anwendung, wenn die Parteien nicht in demselben Gemeindebezirk wohnen. Nach logischer Auslegung ist aber Partei auf der aktiven Seite doch nur derjenige, der zur Erhebung der Klage berechtigt ist. Berechtigt zur Klagestellung ist aber der Verletzte sowie jeder andere, nach den Strafgesetzen selbständig Antragsberechtigte. Diese Befugnis zur Erhebung der Privatklage wird jedoch für die Minderjährigen und die Entmündigten durch den gesetzlichen Vertreter, für kollektive Personeneinheiten durch diejenigen Personen wahrgenommen, welche sie in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vertreten (§ 414 StPO.). Dem Minderjährigen über 18 Jahre mangelt also nicht die Parteifähigkeit, wohl aber die Prozeßfähigkeit, die Fähigkeit, selbständig mit prozessualer Wirksamkeit zu handeln. Im Hinblick auf die fehlende Prozeßfähigkeit kann daher zwar der Minderjährige über 18 Jahre selbständig den Strafantrag stellen, die Privatklage selbständig zu erheben ist er dagegen nicht befugt (vgl. Loewe-Hellweg, Komm. zur StPO., 11. Aufl. 1904, Anm. 5 zu § 414 Seite 858). Weiterhin kann mit Rücksicht hierauf der Minderjährige zwar über sein Antragsrecht, nicht aber über sein Klagerecht selbständig befinden. Die Folge ist, daß ein Minderjähriger, gesetzt den Fall, daß zwischen ihm und dem Beleidiger der Sühneversuch stattfände, überhaupt nicht in der Lage ist, mit rechtlicher Wirkung einen Vergleich zu schließen, sondern nur sein gesetzlicher Vertreter dies tun kann.

Ein vom Minderjährigen geschlossener Vergleich ist also schon nach der allgemeinen Regel des BGB. §§ 106 ff. unwirksam und hindert den gesetzlichen Vertreter keineswegs, die Privatklage zu erheben. (Vgl. Loewe-Hellweg l. c. zu § 420, Anm. 5 b, S. 868). Wenn aber die Rechtshandlungen des Minderjährigen im Sühnetermin unwirksam sind, so ist es auch nicht richtig, zwischen ihm und dem Beleidiger einen Sühnetermin zu verlangen, sondern der Termin muß zwischen seinem gesetzlichen Vertreter und dem Beleidiger stattfinden. Wenn zwar der Minderjährige und der Angreifer seiner Ehre in demselben Gemeindebezirk wohnen, der gesetzliche Vertreter aber außerhalb des Gemeindebezirks seinen Wohnsitz (im tatsächlichen, nicht im rechtlichen Sinne) hat, so ist vom Termin abzusehen.

Auch die sprachliche und logische Auslegung des § 420 Abs. II StPO., die der betreffende Richter für seine Auffassung vielleicht ins Treffen führen möchte, spricht dagegen. Wenn im Abs. II l. c. von den Parteien die Rede ist, so sind damit nicht die Prozeßparteien als solche gemeint, sondern auf der einen Seite der Beleidiger, auf der andern Seite derjenige, der zur Erhebung der Privatklage berechtigt ist.

Dies ergibt sich aus der Bestimmung in Abs. I, wonach vor der Erhebung der Klage der Sühnetermin stattfinden muß, so daß auf der aktiven Seite nur derjenige in Frage kommt, der die Klage erheben kann.

Das Ergebnis der Untersuchung ist hiernach: bei Beleidigung des antragsberechtigten Minderjährigen findet der Sühnetermin zwischen dem Beleidiger und dem gesetzlichen Vertreter statt und entfällt gemäß

§ 420 II StPO., wenn zwar der Minderjährige und der Beleidiger den gleichen Wohnsitz haben, der gesetzliche Vertreter aber außerhalb des Gemeindebezirks wohnt.

Im übrigen war bei diesem Beschluß, selbst wenn die richterliche Anschauung begründet wäre, die Rüge des fehlenden Sühneattestes verspätet und der Beschluß prozessual unzulässig. Nach § 422 StPO. hat bei Einreichung der Klage der Richter zu prüfen, ob die Klage vorschriftsmäßig erhoben ist und verneinendenfalls dem Privatkläger eine Frist zur Behebung des Mangels zu stellen. Zur vorschriftsgemäßen Erhebung der Klage gehört auch, daß ein Sühnetermin stattgefunden hat und der Klage das Zeugnis über die erfolglos versuchte Sühne beiliegt. Es hätte also im vorliegenden Falle, immer vorausgesetzt, daß die richterliche Auffassung die richtige wäre, das Verfahren gar nicht eröffnet werden dürfen, sondern die Klage nach fruchtlosem Ablauf der dem Privatkläger zur Beibringung des Zeugnisses gesetzten Frist zurückgewiesen werden müssen (vgl. Loewe-Hellweg zu § 422 I u. Anm. II).

Nachdem aber einmal das Verfahren eröffnet war, was von einem andern Richter als dem sitzenden geschehen war, konnte letzterer in diesem Zeitpunkte nicht mehr eine Frist zur Beseitigung des seiner Meinung nach vorliegenden Mangels setzen, sondern hätte in der Sache selbst entscheiden müssen.

Rechtsanwalt Godron in Fürth.

Sind die Amtsgerichte zuständig zur Beurkundung von Vereinbarungen des unehelichen Vaters und der unehelichen Mutter über deren Ansprüche nach §§ 847, 1300 BGB.? Nach Art. 15 AG. z. GVG. sind die Amtsgerichte zuständig für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und der Mutter über deren Ansprüche aus der Beiwohnung und der Entbindung. Maßgebend ist sonach, ob der von der Vereinbarung getroffene Anspruch aus der Beiwohnung oder Entbindung entstanden ist oder aus einem anderen Tatbestand. Als Anspruch aus der Entbindung kennt das BGB. nur den in § 1715 bezeichneten Entschädigungsanspruch. Einen Anspruch aus der Beiwohnung gibt es nach BGB. nicht. Mit Unrecht führt die Vormundschaftsordnung vom 19. Januar 1900 in § 9 die der Mutter nach §§ 847, 1300 BGB. zustehenden Ansprüche als solche an, über die vor dem Vormundschaftsgericht zu verhandeln und Protokoll aufzunehmen ist. § 847 BGB. befindet sich unter den Bestimmungen über den Umfang des deliktischen Schadensersatzanspruchs. Er gewährt einer Frauensperson, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wurde, einen Anspruch auf billige Entschädigung in Geld auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist. Der § 847 gewährt keinen selbständigen Anspruch, er erweitert vielmehr nur einen schon aus anderen Bestimmungen gegebenen Schadensersatzanspruch auch auf den unmateriellen Schaden. Ob aber ein solcher Anspruch entstanden ist, richtet sich nach anderen Bestimmungen, insbesondere §§ 823, 825 BGB. Es muß also als Grund des erweiterten Schadensersatzanspruchs nach § 847 BGB. eine unerlaubte Handlung geltend gemacht werden. Die Beiwohnung ist keine solche. Sie kommt höchstens als Tatbestandsmerkmal einer unerlaubten Handlung in Betracht. Den Anspruch erzeugt aber dann nicht die Beiwohnung, sondern das Delikt, d. h. die Summa der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Daher kann nicht davon die Rede sein, daß § 847 einen Anspruch aus der Beiwohnung statuiere (vgl. OLG. Dresden, Urt. vom 31. Mai 1902, Rspr. d. OLG. Bd. V S. 87.). Auch § 1300 BGB. stellt keinen eigenen Verpflichtungsgrund auf. Er verweist vielmehr in dieser Hinsicht auf §§ 1298, 1299 BGB. Es muß also auf seiten des Bräutigams ein Verlöbnisbruch vorliegen. Den der Braut daraus nach §§ 1298, 1299 BGB. entstandenen Schadensersatzanspruch erweitert § 1300 auch auf den unmateriellen Schaden, den die Braut aus der Beiwohnung erlitten hat. Dies Verhältnis der beiden Bestimmungen beweist deutlich die Wendung, „kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, verlangen"; es ist also ein anderweitiger Schadensersatzanspruch vorausgesetzt. Die Beiwohnung hat bei dem Anspruch die gleiche Bedeutung, wie die Aufwendung im § 1298 BGB. Sie erzeugt den Schaden, dessen Ersatz verlangt werden kann, den Anspruch aber auf Ersatz dieses Schadens schafft der Verlöbnisbruch. Daher ist auch der Anspruch nach § 1300 BGB. kein Anspruch aus der Beiwohnung (vgl. das oben angeführte Urteil) Es fragt sich noch, ob nicht Art. 15 AG. z. GVG. ausdehnend dahin auszulegen ist, daß er nicht nur die Ansprüche umfaßt, die nur aus der Beiwohnung entstanden sind, sondern auch die, die unter anderm auch auf die Beiwohnung zurückzuführen sind. Das ist zu verneinen. Art. 15 AG. z. GVG. durchbricht die Regel, wonach allein die Notare für die Beurkundung von Vereinbarungen zuständig sind, er ist sonach eine Ausnahmebestimmung, die ausdehnender Auslegung nicht fähig ist. Auch der Inhalt der Bestimmung spricht gegen eine solche. Es ist verlangt, daß die Beurkundung der Vereinbarung über die Ansprüche der Mutter mit der Beurkundung der Vereinbarung über die Ansprüche des Kindes in derselben Urkunde verbunden werde. Damit ist erklärt, daß es sich um etwas Zusammengehöriges handle. Auch ihrer Natur nach gehören die in Art. 15 angeführten Ansprüche des Kindes und der Mutter zusammen. Denn alle diese Ansprüche wurzeln in der Beiwohnung. Steht diese fest, so stehen auch sie ihrem Grunde nach fest. Bei den der Mutter nach §§ 847, 1300 BGB. zustehenden Ansprüchen müssen noch eine Menge Tatumstände festgestellt werden, die mit der Beiwohnung und der unehelichen Vaterschaft gar nichts zu tun haben. Aber gerade die natürliche Zusammengehörigeit der Beiwohnung mit der unehelichen Vaterschaft und damit auch der Vormundschaft, läßt es tunlich erscheinen, die Ansprüche des Kindes und der Mutter aus der Beiwohnung gemeinsam zu verhandeln und die Vereinbarungen in einer Urkunde zu beurkunden. Dieser Ansicht steht auch nicht entgegen, daß man bei Schaffung der Bestimmung des Art. 15 AG. z. GVG. an die §§ 847, 1300 BGB. gedacht hat. (Becher, Mat. Bd. II S. 501.) Denn man hat damals offenbar das Wesen dieser Anprüche verkannt, was daraus hervorgeht, daß sie stets als Deflorationsansprüche bezeichnet wurden. (Becher, Mat. Bd. II S. 430, 502.) Mit dem alten Deflorationsanspruch, der in der Tat ein Anspruch aus der Beiwohnung war, haben diese Ansprüche gar nichts zu tun. Ueberdies hat diese

Anschauung der Gesetzgeber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Es sind sonach die Amtsgerichte nicht zuständig für die Beurkundung von Vereinbarungen über die der unehelichen Mutter nach §§ 847 1300 BGB. zustehenden Ansprüche, daher ist auch bedeutungslos, wenn sich der uneheliche Vater hinsichtlich dieses Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (§ 794 Ziff. 5 ZPO.). Daher dürfte sich auch empfehlen, den Passus „als persönliche Entschädigung der Mutter für den Anspruch aus der Beiwohnung" in Formular VI und VI a zu streichen.

Rechtspraktikant Puchta in Deggendorf.

Berechnung der Strafzeit, wenn bei Einleitung der Vollstreckung einer Gesamtstrafe nach § 79 StGB. die Vollstreckung einer Einzelstrafe bereits begonnen hat. — Im Anschluß an die Rechtsprechung des Obersten Landesgerichtes in Bd. I, 115; II, 186; III, 91 u. a. wurde von den Strafvollstreckungsbehörden im Bezirke der Oberlandesgerichte München und Augsburg (und wohl des ganzen Königreichs) bis in die allerjüngste Zeit daran festgehalten, daß die Vollstreckung der Gesamtstrafe mit dem Zeitpunkt zu beginnen habe, in dem das die Gesamtstrafe aussprechende Urteil oder ein solcher Beschluß die Rechtskraft beschreite und daß an der Gesamtstrafe die seit Vollstreckung der in Vollzug befindlichen Einzelstrafe erlittene Haft abzurechnen sei, so zwar, daß diese Haft von dem Zeitpunkte ab zurückgerechnet wird, an dem an sich die Gesamtstrafe enden würde. Seit einigen Wochen haben die genannten Behörden diesen Standpunkt verlassen und haben sich der vom Obersten Landesgerichte bekämpften Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen. Das Reichsgericht sagt: „Bei Vollstreckung der Gesamtstrafe ist davon auszugehen, daß der Zweck des § 79 StGB. der ist, daß eine einheitliche Strafe gebildet werden soll und daß diese einheitliche Strafe schon bei Fällung des ersten Urteils hätte gebildet werden können. Das Urteil, das die Gesamtstrafe ausspricht, tritt an die Stelle des Urteils, das die im Vollzuge befindliche Einzelstrafe ausgesprochen hat. Der Beginn der Vollstreckung der früheren Strafe ist rechtlich der Beginn der Vollstreckung der Gesamtstrafe." Daß diese Auffassung richtig ist, davon wird jeder überzeugt sein, der das in dieser Zeitschrift 1905 Nr. 13 S. 304 abgedruckte Urteil des I. Strafsenates nachliest und verfolgt, in welch zwingender Weise die Entscheidung aus dem Sinne und der Absicht der einschlägigen Gesetzesbestimmungen gefolgert wird. Den Anlaß zu der Aenderung der Praxis der genannten Behörden gab aber nicht die Einsicht in die juristischen Vorzüge des reichsgerichtlichen Standpunktes, sondern folgender Fall: A. war vom Landgerichte L. am 30. August 1905 zu 5 Monaten Gefängnis verurteilt worden; die Strafe wurde angetreten am 8. September 1905 vorm. 9 Uhr; ihr Ende wurde festgesetzt auf 8. Februar 1906 vorm. 9 Uhr. Durch Beschluß des Landgerichts vom 27. September 1905 wurde gegen A. eine Gesamtgefängnisstrafe von 5 Monaten 1 Tag festgesetzt und bestimmt, daß an dieser Strafe die seit 8. September 1905 vorm. 9 Uhr verbüßte Strafzeit in Abrechnung zu bringen sei. Der Beschluß wurde rechtskräftig am 6. Oktober 1905 nachts 12 Uhr. Von der Gesamtstrafe waren also abzurechnen: 28 Tage 15 Stunden. Das Ende berechnete sich auf: 7. Februar 1906 vorm. 9 Uhr. Mit anderen Worten: Das Ende der Gesamtstrafe von 5 Monaten 1 Tag fiel einen Tag früher als das Ende der Strafe von 5 Monaten. Nach dem reichsgerichtlichen Standpunkt fiel das Ende auf den 9. Februar 1906 vorm. 9 Uhr, wie es gar nicht anders denkbar ist, wenn man erwägt, daß zu einer Strafe, die am 8. Februar 1906 endete, noch ein Tag hinzugefügt worden ist. Daß eine Rechtsprechung mit solchen Folgen von der Praxis nicht länger gebilligt werden kann, leuchtet ein. Der Abschied von ihr wird keinem schwer gefallen sein, der sich jemals mit der von ihr verlangten komplizierten Berechnung des Strafendes befassen mußte.

III. Staatsanwalt Dr. Klimmer in Traunstein.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 781, 891, 1138, 1274 BGB. 1. **Der sein Anerkenntnis anfechtende muß den Anfechtungsgrund beweisen.**

2. **Der gute Glaube dessen, dem eine Hypothek zuerst verpfändet, später zediert wurde, ist nach der Zeit der Verpfändung zu bemessen.**

3. **Hatte der die Hypothek übertragende Gläubiger für diese Wechsel erhalten, so genügt es nicht zur Schlechtgläubigkeit des Zessionars, daß dieser die bloße Wechselhingabe kannte, sondern er muß auch gewußt haben, daß der Hypothekschuldner selbst die Wechsel eingelöst hatte.**

Aus den Gründen: Zu 1. Enthalten jene Schriftstücke ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB., so ist es Sache der Beklagten, ihre zu dessen Entkräftung aufgestellte Behauptung, daß sie damals von denjenigen Umständen, aus denen sich ergeben soll, daß Klägerin beim Erwerb der Hypothek nicht im guten Glauben gewesen sei, keine Kenntnis gehabt hätten, zu beweisen. Die Klägerin kann verlangen, daß über dieses Vorbringen eine tatsächliche Feststellung getroffen wird und sie ist beschwert, wenn über ihre Behauptung, daß ein den Einwand der Beklagten beseitigendes Schuldanerkenntnis vorliege, vom Berufungsrichter deshalb hinweggegangen wird, weil er die zur Entkräftung desselben aufgestellte Schutzbehauptung der Beklagten bloß für durchaus glaubhaft erklärt.

Zu 2. Wenn Klägerin die Hypothek schon auf Grund eines ihr im Jahre 1899 und 1900 wirksam bestellten Pfandrechts hätte realisieren können, so kann es darauf, ob sie bei der ihr später — sei es 1901 oder 1902 — zur Realisierung des Pfandrechts erteilten Zession in gutem oder schlechtem Glauben in Beziehung auf die Hypothek gewesen ist, nicht ankommen, sondern nur darauf, wie es in dieser Hinsicht bei ihrem pfandrechtlichen Erwerbe stand (Turnau-Förster I S. 221).

Zu 3. Durch die bloße Hingabe der Akzepte wurde die der Hypothek zugrunde liegende Darlehensforderung noch nicht berührt; berührt und beseitigt wurde sie erst, wenn und soweit die Beklagte die Akzepte auch selbst wieder einlöste. Daß dies geschehen, gehört daher mit zu denjenigen Tatsachen, die der Klägerin bekannt gewesen sein müssen, um den Vorwurf der Schlechtgläubigkeit gegen sie zu begründen. (Urt. V 107/05 v. 21. Okt. 1905.) ——r.

341

II.

Zu §§ 398, 413 BGB. Durch Zuvielabtretung und ungerechtfertigten Vorbehalt des Abtretenden wird die Rechtsübertragung, soweit sie zulässig war, nicht ungültig. Das Oberlandesgericht legt den Verträgen offenbar den Sinn bei, daß H. das bestrittene Recht auf Gleisanlage und Gleismitbenützung im ganzen nur einmal, gleichviel ob mit dem ganzen Grundstücke oder einem Teile davon weiter übertragen durfte. Es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Vertragsauslegung sachlich richtig und den Klägern nicht zu ungünstig ist, denn es erweist sich doch die vom Berufungsrichter weiter darauf gebaute Entscheidung als rechtsirrig, weil H. und seine Rechtsnachfolger eben bisher das Recht nur einmal abgetreten und somit der Beklagten keinen Anlaß zu dessen Bekämpfung gegeben haben (vgl. § 402, I, 11 Allg. LRs., §§ 398, 413 BGB.). Das Berufungsgericht gelangt zur Abweisung der Klage deshalb, weil sich der Abtretende weitere Uebertragung jenes Rechts vorbehalten, das Recht als ein den einzelnen Parzellen zustehendes übertragen habe. Aber mögen sich H. und seine Rechtsnachfolger bei der Uebertragung der Befugnis mit dem Trennstück Nr. 79 gedacht und vorbehalten haben, was sie wollen, innerhalb rechtmäßiger Grenzen wurden dadurch ihre Abtretungen nicht ungültig und zu einmaliger Uebertragung des bestrittenen Rechtes auch mit einem kleinen Trennstücke waren sie nach den eigenen Feststellungen des Berufungsrichters befugt. Abgesehen davon, daß eine Gefahr der Vervielfältigung des Gleismitbenützungsrechts zurzeit nicht ersichtlich ist, mag die Beklagte den wirklichen Eintritt solcher angeblichen Beschwerung ruhig abwarten und dagegen geeignete Schritte ergreifen; eine Befugnis, wegen des rein theoretischen Vorbehalts die Rechtsübertragung, soweit sie gültig ist, schon jetzt zu bekämpfen, steht ihr keinesfalls zu. (Urt. V 182/03 v. 28. Okt. 1905.)

343 — — — -r.

III.

Schärfere Haftung der Vertragspartei für Verschulden der Gehilfen ꝛc.; keine Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB., — Regelmäßige Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen Pflichtwidrigkeit bei Herstellung des Werks. In einem Urteile vom 1. Dezember 1905 finden sich folgende bemerkenswerte Sätze: Durch den Abschluß des Transportvertrags (Personenbeförderung mittels Benzinmotorwagens) entstand für die beklagte Unternehmerin die vertragsmäßige Verpflichtung, die Kläger ohne Gefährdung ihrer Gesundheit an ihr Reiseziel zu befördern. Dieser Pflicht hat die Beklagte zuwidergehandelt, wenn sie durch ihr Verhalten bei der Ausführung ihrer Vertragsleistung Anlaß zur Gefährdung der Kläger gab und sie haftet nach § 276 BGB. für den Schaden, wenn sie fahrlässig verfuhr. Sie hat aber auch ein Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient hat, nach § 278 BGB. in gleichem Umfange wie eigenes zu vertreten. Die Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB., die für den Ersatz des aus unerlaubter Handlung erwachsenen Schadens gegeben ist, bleibt ihr versagt (s. RG. 55 S. 335, 337); ihre Haftpflicht als Vertragspartei ist schärfer als sie es sein würde, wenn es sich um ein ihr außerhalb des Rahmens eines Vertrags zur Last fallendes Verschulden handelte.

— — — — — — — — — — —

Wo sich der Schadensersatzanspruch nicht auf einen Mangel des gelieferten Werks, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung stützt, unterliegt er der in § 195 BGB. bestimmten regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren.

359 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

B. Strafsachen.

I.

Woraus ergibt sich für den Zeugen, worüber er auszusagen verpflichtet ist? Die Angeklagte A. war wegen fahrlässigen Falscheids verurteilt. Das Urteil wurde aufgehoben.

Aus den Gründen: Der Dienstknecht W. hat in der Nacht vom 23./24. April 1904 einen Geldbeutel mit 16 Mk. Inhalt gestohlen und von dem Gelde am Morgen des 25. April der A. 9 Mk. gegeben. In der Hauptverhandlung gegen W. wegen des Diebstahls ist A. als Zeugin eidlich vernommen worden und hat die Frage des Vorsitzenden, ob sie von W. Geld erhalten habe, verneint. Die Strafkammer nimmt an, daß die A. die Frage des Vorsitzenden, die allgemein für die Zeit nach dem Diebstahl gemeint, jedoch im Anschlusse an Fragen über Vorgänge in der Nacht vom 23./24. April 1904 gestellt worden war, auch nur in der Beschränkung auf diese Nacht verstanden und daher in diesem Sinne wahrheitsgemäß beantwortet habe; weiter erklärt sie sich für überzeugt, daß die A. des Glaubens gewesen sei, die 9 Mk. rührten von dem Lohne des W. her. Trotzdem legt das Gericht der Angeklagten fahrlässiges Verschweigen des Empfangs der 9 Mk. zur Last, weil sie gemäß der ihr als Zeugin obliegenden Sorgfalt alle Umstände habe in Erwägung ziehen müssen, welche zur Ueberführung des W. geeignet gewesen wären, und ihr, wenn sie das getan hätte, zum Bewußtsein gekommen sein würde, daß jener Geldempfang ein solcher Umstand sei. Die Annahme einer solchen Verpflichtung ist zu beanstanden. Aus der Fassung des Zeugeneides ist sie nicht zu entnehmen. Nach der Eidesformel verpflichtet sich der Zeuge allerdings allgemein zur Wahrheitsangabe, allein die Erfüllung dieser Pflicht setzt voraus, daß der Zeuge weiß, worüber er auszusagen hat, und dies zu bestimmen, ist Sache des Richters. § 68 StPO. schreibt vor, daß der Zeuge zu veranlassen ist, das, was ihm vom Gegenstande der Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben, und daß ihm vor seiner Vernehmung der Gegenstand der Untersuchung zu bezeichnen ist. Allerdings ist hiernach der Zeuge vom Richter nicht über jeden einzelnen Punkt, sondern allgemein zur Aeußerung in einer gewissen Richtung zu veranlassen und es wird unter Umständen nicht nur ein allgemeiner Hinweis des Richters genügen, sondern sogar ein ausdrücklicher Hinweis entbehrlich sein, wenn außer Zweifel steht, daß der Zeuge weiß, worauf sich seine Aussage beziehen soll; allein grundsätzlich muß daran festgehalten werden, daß es Aufgabe des Richters ist, darüber zu befinden, welche Tatsachen für die Entscheidung erheblich sein könnten, und sich über das Vorliegen solcher durch geeignete „Vernehmung“ des Zeugen Aufschluß zu verschaffen, insbesondere zur Aufklärung Fragen zu stellen (§ 68 Abs. II StPO.), daß aber der Zeuge als solcher nicht verpflichtet sein kann, selbst zur Ueberführung des Angeklagten mitzuwirken, indem er „in Erwägung zieht“, welche Umstände hierzu geeignet sein könnten. Der Annahme einer derartigen Verpflichtung würde auch der Umstand entgegenstehen, daß ein Zeuge in der Regel mangels des nötigen Einblicks in die Sachlage zu solchen Erwägungen gar nicht imstande sein würde. (Urt. d. I. StS. v. 7. Dez. 1905, I D 324/05.) B.

370

II.

Prozeßrechtliche Bedeutung des an den Gerichtsdiener gerichteten Ersuchens des Verteidigers, ihn vom Aufruf der Sache zu verständigen? (§ 227 Abs. 2 StPO.) Der Wahlverteidiger war auf Vormittag 9 Uhr zur Hauptverhandlung geladen worden. Er erschien; da aber andere Sachen zuvor zu verhandeln waren, entfernte er sich wieder, nachdem er den Gerichtsdiener ersucht hatte, ihn rechtzeitig zu rufen. Dies unterblieb versehentlich und es wurde in Abwesenheit des Verteidigers verhandelt. Die Revision meinte, bei dieser Sachlage wäre das Gericht verpflichtet gewesen, den Verteidiger von dem Aufruf der Sache zu benachrichtigen.

Aus den Gründen: Das Ausbleiben des Wahlverteidigers hindert das Gericht, wie § 227 Abs. 2 StPO. bestimmt, keineswegs, in die Verhandlung einzutreten, wenn der vorschriftsmäßig geladene Anwalt nicht erscheint. Die Ladung des Angeklagten und seines Verteidigers auf eine bestimmte Stunde hat nicht die Bedeutung, daß der Beginn der Verhandlung zu der festgesetzten Zeit eintreten müßte, widrigenfalls Vertagung und Benachrichtigung der Beteiligten zu erfolgen hätte, vielmehr sollen der Angeklagte und der Verteidiger nur darauf hingewiesen werden, daß sie von der gedachten Stunde an den Aufruf der Sache zu gewärtigen und sich bereit zu halten haben. Entfernt sich daher der Verteidiger vor Beginn der Verhandlung und nach Ablauf der in der Ladung genannten Stunde, so bleibt ihm anheimgegeben, Maßregeln zu treffen, damit er rechtzeitig vom Beginn benachrichtigt werde (vgl. Entsch. in StrS. Bd. 11 S. 173). Der Verteidiger behauptet selbst nicht, daß er dem Gericht von seinem Erscheinen zur Terminsstunde oder später Kenntnis gegeben habe; der Gerichtsdiener, den der Verteidiger um Benachrichtigung gebeten haben will, ist nicht Vertreter des Gerichts; nicht auf eine richterliche Unterlassung, sondern auf seine Versäumnis ist es deshalb zurückzuführen, wenn der Angeklagte in der Verhandlung ohne Rechtsbeistand geblieben ist. (Urt. d. I. StS. v. 6. Nov. 1905, 1 D 300/05.) B.

369

III.

Wann liegt eine „Aussetzung" der Urteilsverkündung (§ 267 Abs. 2 StPO.) vor? Nach Beendigung der Parteivorträge wurde in der Hauptverhandlung der Beschluß verkündet: „Die Urteilsverkündung findet heute Nachmittag 4 Uhr statt . . .". Zur bestimmten Stunde wurde das Urteil verkündet, ohne daß die Gründe schriftlich festgestellt worden waren. Die Revision rügte dies ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Ein Verstoß gegen § 267 Abs. 2 StPO. liegt nicht vor. Die Anordnung einer Pause über Mittag und die Aufschiebung der Urteilsverkündung bis nach ihr war keine „Aussetzung der Urteilsverkündung" im Sinne des § 267 Abs. 2, vielmehr nur „eine kürzere Unterbrechung", wie sie nach Maßgabe des § 227 Satz 2 StPO. jederzeit vom Vorsitzenden und, wenn dieser die Einholung eines Gerichtsbeschlusses für angezeigt erachtet, vom Gerichte verfügt werden kann. Die Vorschrift des § 267 Abs. 2 bezieht sich nach Sinn und Zweck offensichtlich nur auf Aussetzungen von längerer Dauer, bei denen es sich um die Gefahr handeln kann, daß der Eindruck der mündlichen Verhandlung sich allmählich durch die Länge der Zeit verwischt (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 140), wogegen eine Unterbrechung der Verhandlung auf wenige Stunden der unbedingten Befolgung der in Rede stehenden Norm kaum zu bewältigende Schwierigkeiten bereiten würde. (Urt. d. I. StS. v. 6. Nov. 1905, 1 D 118/05.) B.

368

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

Steht einer Genossenschaft gegen die Auswahl des für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Genossenschaftsregister bestimmten Blattes die Beschwerde zu? Am 6. November 1905 bezeichnete das Amtsgericht St. als Registergericht für den Bezirk des Landgerichts St., in dessen Genossenschaftsregister nur kleinere Genossenschaften im Sinne des § 156 GenG. eingetragen sind, als das neben dem Reichsanzeiger für die im Jahre 1906 erfolgende Bekanntmachung der Eintragungen in das Genossenschaftsregister bestimmte Blatt den in St. erscheinenden „N.'schen Anzeiger." Hiergegen legten der Darlehenskassenverein N. und weitere Genossenschaften Beschwerde ein, die sie damit begründeten, daß die Auswahl gegen die Vorschrift verstoße, daß hauptsächlich auf die Verbreitung des Blattes Rücksicht zu nehmen sei. Das Landgericht hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Bei den eingetragenen Genossenschaften müssen Bestand, Statut und Vertretung in der Weise öffentlich bekannt sein, daß jedermann sich darüber vergewissern kann. Hierzu ist nicht nur die Eintragung in das Genossenschaftsregister vorgeschrieben, sondern die Eintragungen (mit Ausnahme der Eintragung der Konkurseröffnung) sind auch durch den Reichsanzeiger und mindestens ein anderes Blatt, bei kleineren Genossenschaften nur durch den Reichsanzeiger und ein anderes Blatt, bekannt zu machen (§ 156 GenG. mit § 10 HGB.) Das Registergericht hat jährlich im Dezember die Blätter zu bezeichnen, in denen während des nächsten Jahres die Veröffentlichungen erfolgen sollen (§ 156 GenG. mit § 11 HGB.). Bei der Auswahl des Blattes soll es nach der Bek. des Reichskanzlers, betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu diesem (RGBl. S. 347) § 5 Abs. 3, hauptsächlich die Verbreitung des Blattes im Gerichtsbezirke berücksichtigen. Die sachgemäße Auswahl ist dem Registergericht im öffentlichen Interesse zur Pflicht gemacht. Mag man die Auswahl als Angelegenheit der freiw. Gerichtsbarkeit oder als eine Angelegenheit der Justizverwaltung ansehen (vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 252), auf keinen Fall ist sie eine Amtspflicht, die dem Registergericht im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB. Beteiligten gegenüber obliegt. An eine Verpflichtung gegenüber jedem, der in die Lage kommen kann, von einer der Veröffentlichungen Kenntnis zu nehmen, ist nicht zu denken, und ebensowenig besteht eine Verpflichtung gegenüber jeder von den Genossenschaften, die in das Genossenschaftsregister des Gerichts eingetragen sind. Die Wirksamkeit der Eintragungen hängt im allgemeinen nicht von der öffentlichen Bekanntmachung ab, insoweit ist diese ohne Einfluß auf die Rechtslage der Genossenschaft. Soweit zu der Eintragung die öffentliche Bekanntmachung hinzukommen muß, um sie Dritten gegenüber wirksam zu machen (§ 29 Abs. 1, §§ 35, 86 GenG.), ist die Bekanntmachung in dem für die Veröffentlichungen bestimmten Blatte maßgebend. Die Auswahl eines wenig verbreiteten Blattes kann die Genossenschaft nur insoferne mittelbar berühren, als sie unter Umständen dazu führen kann, daß einem Dritten eine Aenderung, deren Wirksamkeit ihm gegenüber von der öffentlichen Bekanntmachung abhängt, ohne sein Verschulden unbekannt bleibt und ihm deshalb nach § 29 Abs. 2 und den §§ 35, 86 GenG. nicht entgegengesetzt werden kann. Diese mittelbare Einwirkung genügt aber nicht, um für jede Genossenschaft das Recht auf sachgemäße Auswahl des Blattes, insbesondere auf Befolgung der im § 5 Abs. 3 der Bek. vom 1. Juli 1899 getroffenen Anordnung zu begründen. Da durch eine nicht sachgemäße Auswahl die Rechte der einzelnen Genossenschaften nicht beeinträchtigt werden, sind diese

nach § 20 FGG. nicht zur Beschwerde berechtigt. Mit dem Fehlen eines Beschwerderechts hängt die Vorschrift über die Zeit zusammen, zu der die Auswahl des Blattes für die Veröffentlichungen des kommenden Jahres zu erfolgen hat. Die Auswahl muß vor dem Ablaufe des Jahres, in dem sie getroffen wird, endgültig sein, sie müßte also, wenn sie mit Beschwerde anfechtbar sein sollte, nicht erst „im Dezember“, also vielleicht erst in den letzten Tagen des Jahres, sondern so zeitig geschehen, daß vor dem Ablaufe des Jahres das Beschwerdeverfahren durchgeführt werden könnte, und wenn alle in das Register des Gerichts eingetragenen Genossenschaften das Beschwerderecht haben sollten, hätte wohl eine für alle maßgebende Beschwerdefrist bestimmt und vorgeschrieben werden müssen, daß über sämtliche rechtzeitig eingelegten Beschwerden einheitlich zu entscheiden sei. Weil einem Mißgriffe des Registergerichts nicht im Wege der Beschwerde abgeholfen werden kann, hatten die verbündeten Regierungen in dem § 128 des Entw. des FGG. vor, den Landesjustizverwaltungen die Befugnis zu geben, den Registergerichten Anweisungen über die Auswahl der Blätter zu erteilen. Der Vorschlag ist aber in der Reichstagskommission abgelehnt worden; man glaubte Mißgriffe einzelner Gerichte geringer anschlagen zu sollen als den Schaden, der daraus drohe, daß für die Anordnungen der Verwaltungen politische Gesichtspunkte maßgebend werden könnten (Hahn-Mugdan, Mat. Bd. 7 S. 21, 67, 152). Infolgedessen hat es bei der vom Registergericht getroffenen Auswahl sein Bewenden. (Beschluß des I. Z.-S. vom 29. Dezember 1905). — n.

384

Oberlandesgericht München.

I.

§ 29 GBO., § 159 GVG. Verpflichtung des ersuchten Grundbuchamts zur Aufnahme von Erklärungen. In der Nachlaßsache der Austräglerin M. richtete das Amtsgericht T. als Nachlaßgericht an das Amtsgericht R. das Ersuchen, die in R. wohnenden Erben zu vernehmen und sie zu veranlassen, daß sie zu Protokoll des Grundbuchamts R. rücksichtlich eines demnächst zur Heimzahlung bestimmten Umstandsgeldes zu 1000 Mk., welches im Grundbuche des Amtsgerichts T. für die Verlebte auf dem Anwesen eines Miterben als Hypothek eingetragen ist, ihre Löschungsbewilligung abgäben. Das Amtsgericht R. kam diesem Ersuchen insoweit nach, als es die ihm bezeichneten Personen ihre Erklärungen zur Nachlaßsache abgeben ließ und ihre Löschungsbewilligung entgegennahm; dagegen lehnte es die Aufnahme eines gesonderten Protokolls ab, weil solche mit Rücksicht auf § 9, 95 GBO. und §§ 525 Abs. II, 526 DA. f. GBA. nicht erforderlich sei. Später richtete das Grundbuchamt des Amtsgerichts T. auf Antrag des Hypothekenschuldners an das Grundbuchamt R. das Ersuchen um Vernehmung der dortigen Beteiligten, wobei es auf § 29 GBO. verwies, dessen Erfordernissen die zu Protokoll des Nachlaßgerichts aufgenommene frühere Erklärung nicht entspreche. Das Grundbuchamt des Amtsgerichts R. lehnte das Ersuchen unter Anführung des § 159 GVG. ab. Die Beteiligten seien vorschriftsgemäß vernommen; denn nach §§ 65, 74 Nachlaßordnung sei die Abgabe von Löschungsbewilligungen auch zu den Nachlaßakten zulässig, soweit sie mit dem Nachlasse im Zusammenhange stehen, und es sei deshalb der Form des § 29 GBO. Genüge getan. Darnach fehle aber dem ersuchten Gerichte die Zuständigkeit, Beteiligte, die bereits gehört sind und ihre Anträge gestellt haben, nochmals zur Stellung der gleichen Anträge zu laden. Das Amtsgericht T., Grundbuchamt, legte die Akten dem nach § 160 GVG. zuständigen Oberlandesgerichte zur Entscheidung vor, welches Beschluß dahin faßte: „Die von dem Grundbuchamte des Amtsgerichts R. erklärte Ablehnung des Ersuchens wird für unzulässig erklärt“, und zwar aus folgenden Gründen:

Nach § 159 Abs. I GVG. durfte das Ersuchen nicht abgelehnt werden. Nur wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten wäre, ihm also z. B. die sachliche Zuständigkeit abgehen würde, müßte dem Ersuchen eine Folge versagt bleiben (§ 159 Abs. 2). Das Grundbuchamt R. macht denn auch in der Tat im gewissen Sinne seine Unzuständigkeit geltend; dies jedoch mit Unrecht. Die Aufnahme der Löschungsbewilligung in das frühere Protokoll des Nachlaßgerichts erfolgte im Gegensatze zu dem Ersuchen und in Außerachtlassung des auf getrennte Sachbehandlung gerichteten Ansinnens. Es kann nicht angehen, dem nunmehrigen Ersuchen des Grundbuchamts gegenüber zur Rechtfertigung des ablehnenden Standpunktes gerade die Tatsache anzuführen, daß bereits im gegenteiligen Sinne verfahren worden sei. Es ist aber auch die vom Amtsgerichte R. in der Sache selbst kundgegebene Anschauung verfehlt, und zwar ebenso in ihrer früheren Verweisung auf §§ 9, 95 GBO., wie jetzt. Es handelt sich für das ersuchende Grundbuchamt nicht darum, ob es die Löschungsbewilligung der auswärtigen Erben in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufzubewahren oder auf ein einschlägiges, in den Nachlaßakten desselben Gerichts enthaltenes Protokoll zu verweisen habe, sondern darum, ob die Urkunde, auf welche sich die Eintragung gründen soll, von der zuständigen Behörde errichtet werde. So war denn auch nicht ein „gesondertes Protokoll“ (vgl. § 525 Abs. II DA. f. GBA.) derselben behördlichen Sparte, sondern neben dem Protokoll des Nachlaßrichters ein Protokoll des Grundbuchamts Gegenstand des anfänglichen Ersuchens.

Das Grundbuchamt R. nimmt für das Nachlaßgericht die Zuständigkeit für Beurkundungen der in Frage stehenden Art nicht auf Grund einer den Amtsgerichten als solchen zustehenden Befugnis, sondern als Ausfluß einer dem Gerichte durch die Nachlaßordnung vom 20. März 1903, namentlich deren §§ 65, 74 zugewiesenen Obliegenheiten in Anspruch. In den §§ 65, 74 ist jedoch nur gesagt, daß das Nachlaßgericht auf die Berichtigung des Grundbuchs hinzuwirken habe; von einer Anweisung zur Entgegennahme des Antrags selbst ist nicht die Rede. Nur § 67 I gibt dem Nachlaßgerichte auf, den alleinigen Erben aus einer urkundlichen Verfügung von Todes wegen zu veranlassen, daß er den Antrag auf Eintragung im Grundbuche stelle, und den Antrag dem Grundbuchamte zu übersenden. Hiebei weist aber die Nachlaßordnung ausdrücklich auf § 30 GBO. hin, und in den Gesetzgebungsverhandlungen (vgl. Sten. Ber. Bd. VIII S. 626) wurde ausdrücklich bemerkt, daß das Nachlaßgericht den Eintragungsantrag zu Protokoll aufnehmen könne, da er nach der GBO. an keine Form gebunden sei. Die aus den bezeichneten Paragraphen gezogene Folgerung, daß mit der Aufnahme der Löschungsbewilligung durch das Nachlaßgericht der Formvorschrift des § 29 GBO. Genüge geleistet sei, ist demnach hinfällig. Da nun nach Art. 15 Abs. 2 Satz 2 AG. z. GVG. (in der Fassung des Art. 167 I AG. z. BGB.) die Amtsgerichte im allgemeinen für Beurkundungen und Beglaubigungen nicht zuständig sind, auch die öffentliche Beglaubigung der Eintragungsbewilligung nicht durch die protokollarische Aufnahme bei dem Gerichte, dem die Erklärung entgegengebracht wurde, ersetzt wird, weil eben das Gericht zu ihrer Entgegennahme nicht zuständig und es von der zuständigen Behörde nicht zur Aufnahme ersucht war, mangelt dem Protokolle des Nachlaß-

gerichts die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 415 ZPO. und des § 29 GBO. (Beschl. v. 19. Juni 1905). W.

371

II.

Keine Entschädigung für Aktenstudium eines Arztes als gerichtlichen Sachverständigen; Fuhrwerksauslagen bei Entfernungen unter 2 km nicht erstattbar. In einem Rechtsstreit auf Ersatz eines Kassenmankos wendete der Beklagte ein, er sei um die fragliche Zeit geistesgestört gewesen und es wurde hierüber Beweis durch Vernehmung des pr. Arztes Dr. T. als Sachverständigen erhoben. Dieser liquidierte außer der Terminsgebühr zu 6 Mk. für Aktenstudium im Auftrag des Gerichts (7¼ Stunden) 16 Mk., ferner für Benutzung eines Taxameters zum Termin 80 Pf. Diese Ansprüche wurden zurückgewiesen und die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Um dem Sachverständigen für das zur Vorbereitung des Gutachtens vorgenommene Aktenstudium, mag es im Auftrag des Gerichts erfolgt sein oder nicht, eine Gebühr zuzubilligen, dazu bietet die Verordnung vom 17. Nov. 1902 ebensowenig eine Handhabe, wie sie geboten wäre durch die ZGebO., nach deren § 3 Abs. 3 dem Sachverständigen außer der ihm nach § 3 Abs. 1 zukommenden Entschädigung für Zeitversäumnis wohl die auf die Vorbereitung des Gutachtens verwendeten Kosten zu vergüten sind, worunter aber nur die für dessen Vorbereitung entstandenen notwendigen Auslagen, nicht aber eine Entschädigung für das zur Abgabe des Gutachtens notwendige Studium der betreffenden Sache verstanden werden, da Entschädigungen solcher Art in der Vergütung für Zeitversäumnis enthalten sind (§ 3 Abs. 1; OLG. München E. in Straff. Bd. 1 S. 541, Bd. 3 S. 577, Bd. 7 S. 214; Oberst. LG. in Straff. Bd. 4 S. 287). Auf Ersatz der Auslagen für Benützung eines Taxameters zum Termin hat der Sachverständige im Hinblick auf § 3 Abs. 2 der VO. vom 17. Nov. 1902 deshalb keinen Anspruch, weil die Gerichtsstelle, bei der der Termin abzuwarten war, unter zwei Kilometer von seiner Wohnung entfernt ist. (Beschl. v. 8. Nov. 1905; Beschw.-Reg. IV 563/05.[1]) N.

377

Oberlandesgericht Bamberg.

Verletzung durch eine von Dritten unbefugt in Betrieb gesetzte Drehscheibe eines Industriegeleises. Haftung des Eigentümers nach § 1 des HaftpflG. vom 7. Juni 1871 oder Verantwortlichkeit wegen Nichtanbringung von Sicherungsmaßregeln. Kausalzusammenhang (§ 823 Abs. 1 u. 2 BGB.). Außerhalb von H. steht eine Fabrik, welche durch ein mit einer Drehscheibe versehenes Industriegeleise an den Bahnhof angeschlossen ist. Dahin kam nachts der 7jährige Sohn eines Bahnwärters mit mehreren anderen Knaben und wollte, um den Weg abzukürzen, über das Industriegeleise nach Hause gehen. Als er über die Drehscheibe ging, bewegten die anderen Knaben diese; dabei kam das Bein des ersteren zwischen zwei Schienen und wurde gebrochen. Dessen Vater beanspruchte von dem Besitzer der Fabrik Schadensersatz; das Gesuch um Zulassung zum Armenrecht wurde abgelehnt; die Beschwerde wurde vom OLG. zurückgewiesen.

Aus den Gründen: 1. Der Unfall ist auf der Drehscheibe des Industrieanschlußgeleises eingetreten. Dieses ist eine Eisenbahn im Sinne des HaftpflG., da es nichts ausmacht, daß die Bahn nur einem privaten, gewerblichen Zwecke dient (Gruchot, Beitr. Bd. 44 S. 1026). Nach § 1 a. a. O. haftet, wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch verletzt wird, der Unternehmer für den Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht ist. Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Unfall bei dem Betriebe erfolgt ist. Unter Betrieb sind alle Handlungen zu verstehen, welche mit dem Transporte oder einem auf den Transport bezüglichen Vorgange in Beziehung stehen (RGE. Bd. 50 S. 92; JW. 1903 S. 345; Bl. f. RA. Bd. 69 S. 116). Der Unfall hat sich aber ereignet, als die Bahn außer Betrieb war; ein solcher wäre nur vorhanden gewesen, wenn der Beklagte oder seine Arbeiter zu Transportzwecken die Drehscheibe in Bewegung gesetzt hätten. Dagegen haftet er nicht nach § 1 a. a. O., weil Dritte unbefugt die Drehscheibe in Betrieb brachten.

2. Es liegt auch keine Haftung nach § 823 BGB. vor. Das unerlaubte Verhalten des Beklagten soll darin liegen, daß er die Drehscheibe ohne Versicherung gelassen habe, sodaß sie von jedem in Rotation gesetzt werden konnte. Es fragt sich, ob der Beklagte gegen ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz verstoßen oder sonstwie die Körperverletzung widerrechtlich verursacht hat. Als Schutzgesetz kann hier nur § 367 Nr. 14 StGB. in Frage kommen, wonach strafbar ist, wer Bauwerke errichtet, ohne die von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen. Die Anlegung des Industriegeleises nebst der Drehscheibe, welche ein Bauwerk im Sinne des § 367 Nr. 14 ist, war nach § 15 der VO. vom 20. Juni 1855, (Reg. Bl. S. 653), als eine nur dem Privatgebrauche des Unternehmers dienende Eisenbahn unter gewissen Umständen einer baupolizeilichen Bewilligung unterworfen, welche erteilt wurde. Die VO. enthält aber keine Vorschriften über die Sicherung von Drehscheiben. Daß die Polizeibehörde solche bei der Bewilligung gegeben habe, ist vom Kläger nicht behauptet und auch nicht anzunehmen, weil auch bei den Staatsbahnen eine Sicherung der Drehscheiben nicht stattfindet. Daß eine Sicherung allgemein erforderlich sei, kann nicht zugegeben werden. Eine Drehscheibe ist an sich keine gefährliche Anlage. Der Unfall ist nur dadurch entstanden, daß die Scheibe unbefugt in Bewegung gesetzt wurde. Die Drehscheibe liegt auf dem Privateigentum des Beklagten, welches außer ihm und seinen Angestellten niemand betreten durfte. Ein Anlaß zur Absperrung seines Eigentums war bei dem Fehlen objektiv gefährlicher Einrichtungen nicht gegeben. In subjektiver Hinsicht liegt auch kein Verschulden des Beklagten vor; denn er konnte nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge den Eintritt dieses Unfalls nicht vorhersehen (Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 37b; JW. 1904 S. 356 S. 7).

3. Uebrigens ist auch der nach § 1 HaftpflG. und § 823 BGB. erforderliche ursächliche Zusammenhang nicht gegeben, weil durch die angebliche schädigende Unterlassung nur die Möglichkeit geschaffen wurde, daß der Schaden eintreten konnte, dieser aber erst durch die Tätigkeit Anderer herbeigeführt wurde. (Beschl. vom 29. September 1905. Beschw.R. 131/05.)

387 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

---

[1]) Die Praxis unterstellt derartiges Aktenstudium (analog Vorbesuchen u. dgl.) zumeist der Ziff. 7 des Tarifs („sonstige ärztliche Untersuchungen und Beobachtungen"), um die augenscheinliche Unbilligkeit des Honorarunterschieds bei schriftlicher statt mündlicher Begutachtung etwas auszugleichen. Bekanntlich ist der Höchstbetrag für ein schriftliches wissenschaftliches Gutachten 50 Mk.; wird das gleiche Gutachten mündlich erstattet und überschreitet der Zeitaufwand nicht zwei Stunden, so erhält der Arzt ohne Rücksicht auf den wissenschaftlichen Gehalt und die Schwierigkeit der Untersuchung 6 Mk. — Daß bei Anwendung des § 3 ZGebO. auch für jede Stunde Informationszeit 2 Mk. vergütet werden müssen, ist angesichts des § 5 ganz unbestreitbar (RG. in JW. 84, 196); die zitierten bayer. Entsch. betreffen formell mangelhafte Liquidationen oder unterstellen Fortsetzung der Berufsarbeit während der Information.

Der Einf.



Oberlandesgericht Augsburg.

Mündliche Abreden neben schriftlichem Vertrag. Klagspartei hat am 16. April 1904 dem Beklagten ein Anwesen zum Abbruche und das bei ihm befindliche lebende und tote Inventar um 1900 Mk. verkauft, ihm außerdem einen kranken Ochsen um 125 Mk. überlassen. Von dem Gesamtpreise wurden 437 Mk. 50 Pf. als Rückstand eingeklagt. Es wurde eingewendet, daß Kläger die bindende Zusage gemacht habe, Beklagter dürfe bei dem Geschäfte keinen Schaden haben, für ein Manko am Inventarerlöse komme Kläger auf; der Ochse sei unter der Garantie gekauft worden, daß er noch bis L. (nahe am Vertragsort) gehen könne. Der Ochse aber sei schon unterwegs nicht mehr weiter gekommen und das übrige Inventar sei mit Verlust verkauft worden, so daß Beklagter mit einer gleich großen Gegenforderung aufrechnet. Das Landgericht erkannte nach Klage. Die Berufung hat das Oberlandesgericht (II. ZS.) am 12. Oktober 1905 aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Beklagter fühlt sich beschwert, weil ein von ihm benannter Zeuge, für den er den Auslagenvorschuß zu leisten unterlassen hatte, nicht nachträglich vernommen wurde, obschon er sich in der Schlußverhandlung zur Hinterlegung dieses Vorschusses bereit erklärt hatte. Allein das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß es auf diesen Zeugen nicht mehr ankomme. Beklagter will durch ihn beweisen, daß ihm Kläger hinsichtlich des Inventarerlöses Garantie geleistet habe, muß aber zugeben, daß die Kaufsunterhandlungen sich mehrere Tage fortgesetzt hätten, und die Garantieleistung nicht am letzten Tage, dem 16. April 1904, an welchem der solche nicht enthaltende schriftliche Vertrag gefertigt wurde, sondern schon am ersten Unterhandlungstage zugesichert worden sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß nicht die Gesamtheit der Kaufsunterhandlungen den Träger der Vereinbarung bildet, sondern das, was im schriftlichen Vertrage ohne Vorbehalt als Endresultat der Verhandlungen niedergelegt worden ist, weil der Beklagte keine Umstände dartun konnte, die erkennbar auf die Geltung der mündlichen Abreden neben der Schrift schließen lassen (vgl. RG. Bd. 52 S. 26).

351 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

I.

Zur Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit nach § 276 BGB. 1. Eine Laienpartei hatte dem Amtsgerichte, bei dem sie einen Zahlungsbefehl erwirkt hatte, schriftlich erklärt, daß sie den Zahlungsbefehl und die hierin enthaltene Klage zurückziehe, nachdem sie kurz vorher die bereits rechtshängig gewordene Forderung einem Dritten abgetreten hatte. Der Gerichtsschreiber stellte die Zurücknahme des Zahlungsbefehls dem Schuldner zu, obwohl der Widerspruch von dem mit Prozeßvollmacht versehenen Rechtsanwalte des letzteren erhoben worden war. Die die Zurücknahme des Zahlungsbefehls erklärende Partei erhielt von dem Amtsgerichte nur die Gebührenquittung „für die Zustellung der Zurücknahme des Zahlungsbefehls", einen Zustellungsnachweis aber nicht übermittelt. Die von dem neuen Gläubiger später gegen den Schuldner erhobene Klage wurde wegen Rechtshängigkeit (§ 263 ZPO.) rechtskräftig abgewiesen. Er erhob nun Klage gegen den abtretenden Gläubiger auf Ersatz der ihm erwachsenen Prozeßkosten. Das Amtsgericht gab der Klage statt, das Landgericht wies sie ab.

Aus den Gründen: Der Laie, welcher das Gericht oder dessen Organe um eine Amtshandlung angeht, darf in der Erwartung handeln, daß sein Gesuch entweder zurückgewiesen oder ordnungsgemäß erledigt wird und daß hierbei die Formen eingehalten werden, welche zur wirksamen Vornahme der Amtshandlung notwendig sind. Es kann von ihm nicht verlangt werden, daß er die gesetzlichen Bestimmungen besser kennen soll als das Gerichtsorgan, noch daß er die einzelnen Amtshandlungen auf ihre formelle Richtigkeit nachprüft. In der Nichtkenntnis prozessualer Formvorschriften liegt keine Fahrlässigkeit des Laien; ebensowenig darin, daß der Laie nicht zur Nachprüfung jeweils einen rechtskundigen Beistand beizieht. Erhält der Laie, wenn auch nur durch Einhebung der Kosten ohne vorherige Abweisung oder Bemängelung seines Gesuches Kenntnis, daß das letztere vollzogen worden ist, so liegt auf seiner Seite keine Außerachtlassung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt vor, wenn er diesen Vollzug als ordnungsgemäß annimmt und nicht noch Nachweise vom Gerichte verlangt, deren Wirksamkeit er weder prüfen kann noch muß (Urt. v. 16. Nov. 1905, F 462/05).

2. Der Buchhalterin eines Rechtsanwaltes, welche im allgemeinen mit der Bedienung des Telephones beauftragt war, wurde von einer Person auf Anfrage mitgeteilt, daß sie gegen einen bestimmten, bei dem Rechtsanwalte hinterlegten Geldbetrag auf ihr Pfandrecht an den Illaten ihres Mieters verzichte und dieser mit seinen Möbeln ausziehen könne. Die Buchhalterin verstand den Dritten dahin, daß er mit dem hinterlegten Betrage **nicht** zufrieden sei. Der Rechtsanwalt gab diesen an den Mieter zurück; der Vermieter ließ den Mieter mit seinen Möbeln ausziehen; seine Forderung wurde nicht befriedigt. Die von dem Vermieter gegen den Rechtsanwalt erhobene Klage auf Zahlung des hinterlegt gewesenen Betrages wurde vom Amtsgerichte abgewiesen, das Landgericht gab der Klage statt.

Aus den Gründen: Wenn es auch selbstverständlich ist, daß der Rechtsanwalt alle Geschäfte auf der Kanzlei nicht selbst besorgen kann und er nicht jedes Telephongespräch dort persönlich führen muß, so muß doch das mit der Kanzlei des Rechtsanwaltes telephonisch verhandelnde Publikum sich darauf verlassen können, daß seine Anfragen durch das Telephon dort mit ebensolcher Vorsicht entgegengenommen werden, als wenn es diese persönlich abgeben würde. Die von dem Rechtsanwalte hierbei zu beobachtende Sorgfalt umfaßt nicht nur die Pflicht, die Handhabung des Telephonverkehrs einer geeigneten Persönlichkeit zu übertragen, sondern auch die weitere, dem mit der Abnahme der Telephongespräche beauftragten Angestellten so bestimmte Anordnungen zu geben, daß Mißverständnisse, von Ausnahmefällen abgesehen, unmöglich gemacht werden. Diese Pflicht erstreckt sich auch darauf, daß der Rechtsanwalt die Einhaltung seiner Anordnungen selbst überwacht. Er vernachlässigt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auch dann, wenn er nicht das Telephon in seiner Kanzlei so anbringt, daß die Gespräche nicht durch das ab- und zugehende Publikum oder durch sein Personal selbst Störungen leiden, oder wenn er die Besorgung des Telephons einem auch anderweitig vielbeschäftigten Angestellten überträgt. Eine solche Vorsichtsmaßregel ist z. B. die Anordnung nochmaliger Abfrage des Gespräches, sofortiger Aufzeichnung am Telephon und Vorlesung dem Anrufenden gegenüber. Solche Vorkehrungen gegen Mißverständnisse mögen zeitraubend und den Geschäftsgang hemmend sein. Trotzdem muß ohne sie der Rechtsanwalt, welcher den Telephonverkehr mit seiner Kanzlei dem Publikum einräumt, für die Folgen unrichtiger Abhörungen haften. Hier sind weder Anordnungen allgemeiner Natur, noch besondere Vorsichtsmaßregeln von dem Beklagten behauptet worden. In dieser Unterlassung lag die Außerachtlassung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt (Urt. v. 24. Okt. 1905, F 398/05).

347 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

II.

Eine Forderung auf Hinterlegung von Geld ist nach § 866 ZPO. nicht sicherungsfähig. In einer Streitsache wegen Forderung wurden die Beklagten gemäß § 2039 BGB. durch vorläufig vollstreckbares Urteil verurteilt, für die Kläger einen Geldbetrag samt Zinsen bei der Hinterlegungsstelle, der K. Filialbank M., zu hinterlegen. Die Kläger beantragten sodann die Eintragung einer Sicherungshypothek auf den Grundstücken der Hinterlegungsschuldner zugunsten der Forderung auf Hinterlegung. Das Grundbuchamt hat den Antrag abgelehnt. Die Beschwerde wurde mit Beschluß vom 29. Dez. 1905 (BeschwReg. Nr. 726/05 I) aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Die Vollstreckungshypothek nach § 866 ff. ZPO. setzt eine vollstreckbare Geldforderung voraus. Es muß ein auf Zahlung gerichteter Judikatstitel vorliegen (Oberneck, RGrundbR. III. Aufl. Bd. I S. 982 ff., Rechtspr. d. OLG. Bd. I S. 205). Eine Forderung auf Hinterlegung von Geld ist keine Geldforderung, sondern geht auf die Handlung. Sie ist daher nach § 887 ZPO. zu vollziehen (Gaupp-Stein, ZPO. VII. Aufl. Bd. II S. 520, § 866 Note V S. 665 u. § 887 Note II[1] u. die dort angeführte Literatur u. Rechtsprechung; hierzu auch Staub, WO. 2. Aufl. S. 87). Die Bezugnahme der Beschwerdeführer auf die Ausführungen in Seufferts Kommentar zur ZPO. XIII. Aufl. Bd. II S. 453 Note 1c versagt. Hier ist, abweichend von Gaupp-Stein, nur ausgeführt, daß, wenn der Schuldner zur Hinterlegung eines Geldbetrags verurteilt ist, die Vorschriften über die Vollstreckung wegen Geldforderungen mit dem Abmaße Anwendung zu finden haben, daß der beigetriebene Betrag nicht dem Gläubiger abzuliefern, sondern zu hinterlegen ist. Der Vollstreckungstitel statuiert aber hier ausdrücklich eine Verpflichtung der Schuldner zur Hinterlegung des Geldbetrages bei der gerichtlichen Hinterlegungsstelle.

363 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

Landgericht Würzburg.

Färben von Wein, insbesondere durch Zusatz von Zuckercouleur (Karamel). B. hat hellfarbigem Frankenwein gerösteten Zucker (Zuckercouleur) in Quantitäten von $^1/_4$ bis $^3/_4$ Liter auf je 5000 Liter zugesetzt, um ihm eine dunklere Farbe zu geben, und hat ihn als „Wein" unter Verschweigung des Zusatzes verkauft. Die objektive Beschaffenheit der Weine konnte nicht festgestellt werden, da die Kunden nicht ermittelt wurden. Die Anklage nimmt an, daß B. dem Weine durch die Färbung den Schein eines älteren, körperreicheren Weins habe verleihen wollen, und legt ihm ein Vergehen nach § 10 Ziff. 1, 2 NMG. zur Last. B. behauptet, er habe nur dem für Altbayern und Schwaben bestimmten, sowie dem von fränkischen Wirten zur Schorlemorlebereitung bestellten blaßfarbigen Weine Couleur zugesetzt, um dem Geschmack der Abnehmer zu entsprechen. Nach Altbayern könne man den besten hellen Wein nur schwer verkaufen, da die dortige Bevölkerung an eine dunkelgelbe Farbe gewöhnt sei und einen hellen Wein für gewässert halte. Die fränkischen Wirte aber wünschen, daß der zu Schorlemorle bestimmte Weißwein dunkel sei, damit das Getränke nicht zu wässerig aussehe. Der Zusatz von Couleur sei in Franken ein längst eingeführtes, allgemein bekanntes und bewährtes Mittel der Weinfärbung und falle unter die „anerkannte Kellerbehandlung" (§ 2 WG.). Das Publikum wisse, daß die gelbe Farbe vom Zusatze von Couleur herrühre. Aus der dunklen Farbe könne man nicht auf höheres Alter oder bessere Qualität schließen. Das Schöffengericht hat B. freigesprochen. Die Berufung des Amtsanwalts wurde verworfen. In der Verhandlung hat der Wirt A. bekundet, die fränkischen Wirte könnten hellfarbigen Wein zur Bereitung von Schorlemorle nicht verwenden, da dieses Getränke sonst zu wässerig aussehe. Die Gutachten der vernommenen 17 Sachverständigen darüber, ob Zusatz von Couleur anerkannte Kellerbehandlung sei, gingen auseinander. 5 Chemiker haben ausgesprochen, durch Zusatz von Couleur werde dem Wein der Schein eines älteren, körperreicheren verliehen und das Publikum getäuscht. Er gehöre nicht zu den Hantierungen, wodurch die Haltbarkeit oder der Wert des Weines gehoben oder ein Fehler beseitigt werde, sondern habe nur den Zweck, dem Weine den Schein höheren Werts zu geben. Aeltere und bessere Weine seien dunkler wie jüngere. Zuckercouleur werde auch oft verwendet, um überstreckten Weinen den Anschein besserer Beschaffenheit zu verleihen. Die übrigen Sachverständigen (vier Chemiker und acht praktische Weinbausachverständige) haben geäußert, der Zusatz von Zuckercouleur falle unter die „anerkannte Kellerbehandlung", wenn dadurch nur die Verbesserung des äußeren Ansehens, nicht die Erzielung des Anscheins einer besseren Beschaffenheit oder die Verdeckung einer Ueberstreckung bezweckt werde. Es sei von Fall zu Fall zu prüfen, ob eine „Verfälschung" vorliege. Die dunkle Farbe sei kein zuverlässiges Kriterium für höheres Alter oder bessere Qualität. Das Publikum in den Bierländern ziehe deshalb die dunkeln Weine vor, weil es an die dunkle Farbe der Tirolerweine gewöhnt sei. In Franken sei die Zuckercouleur seit unvordenklicher Zeit allgemein als ein harmloses und zuverlässiges Mittel benützt worden, um dem blassen Weine ohne Veränderung eine gleichmäßig gelbe, angenehmere Farbe zu verleihen.

Aus den Gründen: Die Zuckercouleur besteht aus weißem, reinem Zucker, welcher in Wasser bei Erhitzung aufgelöst ist, wobei das Wasser verdampft, der Zucker sich zersetzt und zuletzt eine braune bittere Masse zurückbleibt, die nicht mehr Zucker ist. Eine geringe Menge genügt bei ihrer intensiven Wirkung, um einem großen Quantum hellfarbigen Weins eine gelblichere Farbe zu verleihen. Große Mengen können nicht zugesetzt werden, weil der Wein sonst eine so dunkle Farbe bekäme, daß er nicht mehr verkäuflich wäre. Die von B. verwendete Menge stand nach dem Gutachten der Sachverständigen in richtigem Verhältnisse zu dem Quantum Wein. Durch den Zusatz wird der Wein nicht im Gehalte, Geschmack usw. verändert, sondern nur seine Farbe geändert. — Der Zweck kann verschieden sein. Darüber sind alle Sachverständigen einig, daß er niemals zum Zwecke der Zuckerung oder Vermehrung geschieht. Einige gehen aber zu weit, wenn sie behaupten, immer könne Zweck des Zusatzes nur sein, dem Weine den Anschein eines besseren Weins zu geben und sohin zu täuschen. Die Möglichkeit, daß der Zusatz geschieht, um einem hellen Weine eine dunklere Farbe, ein gefälligeres Ansehen zu verschaffen, liegt sehr nahe, wenn die Umstände eine Täuschungsabsicht ausschließen. In einem 1839 erschienenen Buche von Leuchs „Vollständige Weinkunde" (2. Aufl. S. 420) empfiehlt der Verfasser die Anwendung von Couleur mit den Worten: „Weißem Wein gibt man eine dunkle weingelbe Farbe durch gebrannten Zucker und dies ist das einfachste und beste Mittel. Mit ihm gibt man auch jungen Weinen die Farbe alter". Es ist daher von Fall zu Fall zu beurteilen, zu welchem Zweck ein Zusatz erfolgt. Nachdem nun hier B. nach seiner unwiderlegten Behauptung den Wein nur gefärbt hat, um ihm eine dunklere Farbe zu geben, ist zu prüfen, ob er sich dadurch strafbar gemacht hat, daß er Wein mit Couleur gefärbt und dieses Produkt als „Wein" ohne Deklaration des Zusatzes verkauft hat. An keiner Stelle des WG. ist ein Zusatz von Couleur verboten oder gestattet. Das WG. definiert in § 1 „Wein" als „das durch alkoholische Gärung aus dem Safte der

Weintrauben hergestellte Getränk". „Wein" im Sinne des Gesetzes ist aber auch jedes Getränke, das einer nach § 2 gestatteten Behandlung unterworfen worden ist oder einen nach § 2 und 3 Abs. 1 Nr. 1 gestatteten Zusatz erhalten hat. In § 2 Nr. 1 ist insbesondere bestimmt, daß als Verfälschung oder Nachahmung im Sinne des NMG. nicht anzusehen sei: die anerkannte Kellerbehandlung einschließlich der Haltbarmachung des Weines ꝛc. Nach § 3 ist die gewerbsmäßige Herstellung von Kunstwein strafbar, das Verkaufen und Feilhalten von Kunstwein und übermäßig gezuckertem Wein schlechthin ohne Rücksicht auf die Bezeichnung und die Erkenntlichmachung der Beschaffenheit. In § 7 ist das absolute Verbot des Zusatzes von gewissen Stoffen enthalten. Das Verbot erstreckt sich auf Zuckercouleur nicht. In § 8 ist verboten, Getränke, die einen nach § 7 verbotenen Zusatz erhalten haben, feilzuhalten, zu verkaufen oder in Verkehr zu bringen. Wein, der einer nach § 2 des WG. erlaubten Behandlung unterworfen worden ist oder einen erlaubten Zusatz erhalten hat, darf als „Wein" oder „Naturwein" oder „reiner Wein" bezeichnet werden. Nur in zwei Fällen (bei einer zulässigen Zuckerung nach § 2 Nr. 4 und bei Herstellung von Rotwein unter Verwendung eines nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 gestatteten Aufgusses) besteht die Ausnahme des § 4, daß solche Weine nicht als „Naturweine" oder unter einer anderen irreführenden Bezeichnung verkauft werden dürfen. — Die Anwendbarkeit des § 4 ist hier ausgeschlossen, da der Zusatz von Zuckercouleur keine „Zuckerung" ist und B. den Wein nicht als „Naturwein" oder „ungezuckerten Wein" verkauft hat. Die Bestimmung des § 3 Abs. 1 Nr. 6 WG. kommt nach dem Zusatze „unbeschadet . . . ." erst zur Anwendung, wenn die Frage, ob der Zusatz von Zuckercouleur unter die „anerkannte Kellerbehandlung" nach § 2 Nr. 1 fällt, verneint wird. Es kann daher im Falle einer Verneinung jener Frage von einer weiteren Erörterung des § 3 Abs. 1 Nr. 6 abgesehen werden. Die Verwendung der im § 7 aufgeführten Stoffe ist in jedem Stadium unzulässig. Keiner der verbotenen Stoffe darf als zur „anerkannten Kellerbehandlung" gehörig angesehen werden. Pflanzenfarbstoffe außer Kermesbeeren sind nach § 7 nicht verboten. Auch sonstige Farbstoffe, die in § 7 nicht aufgeführt sind, z. B. Zuckercouleur, sind nach dem Weingesetze nicht verboten. Das WG. regelt aber nicht alle Fragen des Verkehrs mit Wein. Soweit Zusätze nicht durch § 3 oder § 7 WG. verboten oder erlaubt sind, muß ihre Zulässigkeit an der Hand des NMG. geprüft werden, nach welchem gesundheitsschädliche und verdorbene Stoffe Genußmitteln nicht zugesetzt werden dürfen (§ 19 WG., Braun WG. § 7 Anm. 2 und § 2 Anm. 2, v. d. Pfordten WG. S. 9 und § 1 Anm. 2 c, Windisch WG. § 19). Nur für Farben sind noch die Vorschriften des RG. vom 5. Juli 1887 zu beachten. Dieses verbietet die Verwendung gesundheitsschädlicher Farben zur Herstellung von Nahrungs- und Genußmitteln, die zum Verkauf bestimmt sind, und führt in § 1 diese erschöpfend auf. Die Zuckercouleur ist nicht aufgeführt. Da als „Wein" nach gesetzlicher Bestimmung nur das durch alkoholische Gärung aus dem Safte der Weintrauben gewonnene oder mit gesetzlich erlaubten Mitteln hergestellte Getränke gilt, so wird in der Regel die Verwendung jedes nicht besonders gestatteten Zusatzes eine Fälschung und die Bezeichnung eines so bereiteten Getränks als „Wein" eine zur Täuschung geeignete Bezeichnung sein. Denn der Abnehmer wird unter „Wein" regelmäßig nur ein den Vorschriften des Gesetzes entsprechendes Getränk verstehen und wer andere Getränke als „Wein" verkauft, wird sich regelmäßig einer Täuschung schuldig machen, wer sie nur herstellt, wird dies zumeist tun, um sie zur Täuschung zu benützen (v. d. Pfordten S. 9 u. 18). Insbesondere wird eine Färbung regelmäßig auch „Verfälschung" (§ 10 NMG.) sein. So wird auch in der Verwendung von Pflanzenfarbstoffen, deren Verwendung nicht zur anerkannten Kellerbehandlung gehört, bei fehlender Deklaration regelmäßig ein Vergehen gegen das NMG. liegen, da das mit ihrer Hilfe erzielte Getränke nicht mehr „Wein" im Sinne des Gesetzes wäre (Lebbin WG. § 7 Anm. m, Braun WG. § 7 Anm. 11, v. d. Pfordten § 7 Anm. 6). Es kann aber ausnahmsweise eine nach dem NMG. strafbare Handlung nicht vorliegen, wenn eine „Verfälschung" des Weins nicht nachweisbar ist. Eine solche setzt voraus, daß der Gegenstand der Hauptsache nach derjenige ist, als welcher er benützt ist, jedoch durch eine Aenderung einen geringeren Verkaufs- oder Gebrauchswert hat, als denjenigen, welchen er zu haben scheint und welchen das Publikum berechtigter Weise erwartet. Die Hauptformen der Fälschung sind 1. Entziehung eines wesentlichen Bestandteils; 2. Zusatz eines nicht normalen Bestandteils und Verschlechterung hierdurch; 3. Zusatz eines nicht normalen Bestandteils, wodurch der minder guten Ware der Anschein besserer Beschaffenheit gegeben wird. Bei dem Zusatz von Couleur könnte es sich nur um die 3. Art handeln. Es ist aber nicht erwiesen, daß B. dem minderwertigen ungefärbten Wein den Anschein einer besseren Beschaffenheit beigelegt hat, vielmehr hat B. dem Wein nur ein dem Auge gefälligeres Ansehen gegeben, ohne über seinen Wert zu täuschen. Dieser wird im wesentlichen nicht nach dem Aussehen, sondern nach dem Geruche und Geschmacke beurteilt. Das Gericht hat auch geprüft, ob der Zusatz von Zuckercouleur nicht „anerkannte Kellerbehandlung" nach § 2 Nr. 1 WG. ist. § 2 ergänzt nicht nur den § 1, sondern legt auch den § 10 NMG. authentisch aus. Diese Auslegung will nicht erschöpfend sein. Es werden nur einzelne Fälle aufgezählt, in welchen eine Verfälschung im Sinne des NMG. nicht vorliegen soll. Deshalb ist die Anwendung anderer Verbesserungsmittel möglicherweise kein Vergehen gegen § 10 NMG. ebenso wie das mit solchen Mitteln hergestellte Getränke unter Umständen „Wein" im Sinne des Gesetzes ist. Was erlaubt ist, muß also nach Lage des Falls festgestellt werden, soweit es sich nicht unmittelbar aus § 2 ergibt. Die Kellerbehandlung umfaßt vom Pressen bis zur verkaufsfertigen Lagerung des Weins das gesamte Verfahren zu dessen Erhaltung und Verbesserung. „Anerkannte Kellerbehandlung" sind Hantierungen bei der Weinbereitung, welche als Ergebnis einer langjährigen Erfahrung oder einer allgemein als wirtschaftlich zulässig erachteten neuen wissenschaftlichen oder praktischen Errungenschaft in einer Weingegend oder anderwärts geübt werden und zu Bedenken in gesundheitlicher Beziehung keinen Anlaß geben. Alle Arten aufzuzählen oder ihren Umfang zu begrenzen, ist unmöglich. Allgemeine Uebung eines Verfahrens ist nicht erforderlich, um die Kellerbehandlung als „anerkannt" erscheinen zu lassen (v. d. Pfordten § 2 Abs. 2, Lebbin § 2 Anm. 3 a, Braun § 2 Anm. 3, Windisch § 2 S. 12, Coermann § 2 Anm. 3). Was „anerkannte Kellerbehandlung" ist, kann sohin nicht immer einheitlich für alle Bezirke und Sorten, sondern nur für individuelle Weine und Gegenden festgestellt werden. Die Feststellung der „Anerkanntheit" einer Hantierung hat ferner in erster Linie nicht nach Gesetzen der Chemie, sondern nach dem Gutachten praktischer Sachverständiger zu erfolgen. Solche werden den zuverlässigsten Aufschluß erteilen können, welche Hantierungen in der Weinbehandlung bestimmter Bezirke bewährt, erprobt und bei reellen Produzenten von jeher üblich waren oder als Ergebnis einer neuen wirtschaftlich zulässigen praktischen Errungenschaft oder eines wissenschaftlichen Fortschritts geübt werden. Das Gericht hat hier, wo es sich um einen nicht gesundheitsschädlichen Zusatz handelt, dem Gutachten der Chemiker, welche aus wissenschaftlichen Gründen den Zusatz von Zucker-

couleur allgemein als Fälschung bezeichnet und eine „anerkannte Kellerbehandlung“ verneint haben, die ausschlaggebende Bedeutung versagt, weil eine Reihe anderer in der Kellerbehandlung des fränkischen Weinbaugebiets erfahrener Sachverständiger den Zusatz als langjähriges und allgemein geübtes Mittel rationeller Kellerbehandlung in Franken hingestellt haben, soweit nur eine Verschönerung des Aussehens bezweckt und keine Täuschungsabsicht vorhanden sei. Das Gericht erachtet sohin den Zusatz von Zuckercouleur für das fränkische Weinbaugebiet als „anerkannte Kellerbehandlung“, soferne er nur erfolgt, um das Aussehen des Weins zu verbessern. Andererseits erachtet es den Zusatz für strafbar, wenn er erfolgt, um dem Weine den Anschein besserer innerer Beschaffenheit zu geben oder eine unzulässige Vermehrung zu verschleiern. Die Feststellung der Frage, ob ein Zusatz zu dem einen oder anderen Zwecke erfolgt sei, ist Gegenstand einer von Fall zu Fall vorzunehmenden Beweisaufnahme, wobei die Beschaffenheit des Weins vor und nach der Färbung, sein Charakter, seine Herkunft, sein Preis und sonstige Umstände in Betracht kommen. Im vorwürfigen Falle ist kein Nachweis erbracht, daß der Zweck des Zusatzes Täuschung über den Gehalt und Wert des Weins war. (Urt. v. 18. Dez. 1905.)

353 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Schimpf in Würzburg.

Literatur.

Schwab Siegfried, Amtsrichter in Schwabach. Grundriß des materiellen Liegenschaftsrechts des BGB. unter Berücksichtigung der bayer. Ausführungs- und Uebergangsvorschriften. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier), geb. Mk. 2.80.

Das kurze Büchlein (mit Sachregister 80 S.) bietet eine für die Uebergangszeit sehr brauchbare Ergänzung der Dienstanweisung für die Grundbuchämter, indem es in übersichtlicher Form das für den Alltagsgebrauch notwendige aus dem materiellen Grundstücksrechte zusammenstellt. Sie kann insbesondere dem nicht rechtskundigen Personale der Grundbuchämter als Leitfaden für den Selbstunterricht empfohlen werden.

von der Pfordten.

Koch, Dr. R., Präsident des Reichsbankdirektoriums. Die Reichsgesetzgebung über Münz- und Notenbankwesen, Papiergeld, Prämienpapier und Reichsschulden. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Fünfte Auflage. Berlin 1905, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 3 Mk.

Die von berufenster Feder nach vierjähriger Pause in 5. Auflage gegebene Zusammenstellung des geltenden deutschen Rechts über das Geld- und Banknotenwesen wird nicht nur dem Strafrechtspraktiker, sondern auch dem mannigfach mit einschlägigen Materien befaßten Zivilrichter willkommen sein. Nach einer auch volkswirtschaftlich interessanten Einleitung über die Geschichte des deutschen Münz- und Notenbankwesens bietet der Verfasser in praktischer Form ein kleines Handbuch des so schwer übersehbaren, weit verzweigten Stoffes. Das Münzgesetz, das Gesetz, betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen, das Bankgesetz nebst dem Statut der Reichsbank, das Gesetz, betr. die Inhaberpapiere mit Prämien, endlich das Gesetz, betr. das Reichsschuldbuch und die Reichsschuldenordnung, bilden jeweils den Mittelpunkt einer Gruppe, welche alle zusammengehörenden Gesetze und Verordnungen umfaßt. Die beigefügten kurzen Erläuterungen erhöhen namentlich durch die zahlreichen Verweisungen auf verwandte Gesetzesstellen die Brauchbarkeit des Büchleins. L.

Notiz.

Unter dem Betreff **„Neuordnung der Verwaltung der Zölle und indirekten Steuern“** wurde im GVBl. Nr. 2 S. 9 ff. eine Kgl. Allerh. VO. vom 6. Januar 1906 veröffentlicht. Durch diese Allerhöchste Verordnung wird die vielbesprochene „Neuorganisation der Zollverwaltung“ mit Wirksamkeit vom 1. Februar 1906 zur Ausführung gebracht. Es handelt sich jedoch nicht um eine durchgreifende Umgestaltung der Zollbehördenverfassung, wie sie von manchen Seiten wegen mancher nicht mehr ganz zeitgemäßer Institutionen bei der Zollverwaltung erwartet worden ist, und es konnte sich auch um keine solche handeln, weil hiezu ein Bundesstaat allein nicht befugt ist, da die Zollämterverfassung durch das Vereinszollgesetz vom 26. September 1869 in ziemlich weitgehendem Maße festgelegt ist. Anlaß zu der jetzt betätigten Neuordnung gab die schon lange durch das Anwachsen des Verkehrs, der Zölle und der Steuern gesteigerte Geschäftslast bei den Zoll- und Steuerbehörden, welche bei Einführung des neuen Zolltarifs am 1. März 1906, insbesondere wegen der größeren Schwierigkeit der einzelnen Abfertigungen noch eine erhebliche Vermehrung erfahren wird. Die neue Verordnung bringt vor allem eine Umgestaltung der kgl. Generaldirektion der Zölle und indirekten Steuern in der Art, daß an Stelle eines Kollegiums zwei kollegialverfaßte Abteilungen, die eine Abteilung für Landessteuern (insbes. Malzaufschlag, Hundegebühr, Uebergangssteuern) und allgemeine Verwaltungsgegenstände, die andere für Zölle und Reichssteuern, mit je einem Regierungsdirektor an der Spitze, treten. Besonders wichtige Gegenstände können jedoch zur kollegialen Beratung sämtlicher Mitglieder der Generaldirektion zugewiesen werden. Ferner wird als Vorstand der drei wichtigsten und größten bayerischen Hauptzollämter Ludwigshafen, München I und Nürnberg je ein Regierungsrat bestellt neben den bisherigen Oberzollinspektoren, welchen nunmehr in der Hauptsache die Leitung des Abfertigungsdienstes zufällt, und in München wird ein drittes Hauptzollamt, München III, errichtet, welchem die Steuergeschäfte des bisherigen Hauptzollamtes München I zugewiesen werden sollen. Sonst bringt die Allerhöchste Verordnung noch Veränderungen in den Benennungen einiger Stellen und in den Titel-, Rang- und Gehalts-Verhältnissen der Beamten. Der Generaldirektor wird Präsident der Generaldirektion der Zölle und indirekten Steuern mit Rang und Gehalt eines Regierungspräsidenten, die Oberzollräte heißen künftig Regierungsräte, die Oberzollassessoren Regierungsassessoren usw. Endlich wird eine neue Kategorie von Beamten für die mehr formalen Geschäfte des Zollabfertigungsdienstes geschaffen, für welche als Vorbildung die durch den Besuch einer Bayerischen Mittelschule erlangte Berechtigung zum Einjährig-Freiwilligen-Dienst verlangt wird, und die Beigabe von Kanzlei- und Registraturpersonal an die Hauptzollämter bestimmt. Gleichzeitig mit der genannten Allerhöchsten Verordnung wurde eine Allerhöchste Verordnung erlassen, welche bezüglich der Vorbedingungen für den Zoll- und Steuer-Dienst Bestimmungen trifft. Die Bestimmungen über die Zulassung geprüfter Rechtspraktikanten zum Zoll- und Steuerdienst sind einer noch zu erlassenden Verordnung des Kgl. Staatsministeriums der Finanzen vorbehalten. —t.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

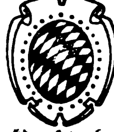
Nr. 5. München, den 1. März 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Zur Behandlung des Zubehörs in der Zwangsversteigerung.

Von **Theodor von der Pfordten.**

In der Abhandlung, die auf S. 51 ff. des 2. Jahrgangs dieser Zeitschrift abgedruckt ist, gedenkt Dr. Serini des Falles, daß bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein Zubehörstück von einem Dritten kraft eines die Veräußerung hindernden Rechtes in Anspruch genommen wird, und daß nun der betreibende Gläubiger, um einem Rechtsstreit aus dem Wege zu gehen, es „freigibt". Der Vorgang, der sich ziemlich häufig ereignen wird, sieht sehr einfach aus, bei seiner rechtlichen Zergliederung stößt man jedoch auf ungeahnte Schwierigkeiten. Deren nähere Betrachtung verlohnt sich um deswillen, weil bei der eigenartigen Regelung der einschlägigen Rechtsfragen im ZwVG. die Gefahr besteht, daß die „Freigabe" vom Versteigerungsbeamten nicht richtig gewürdigt und nicht in den richtigen Formen prozessual wirksam gemacht wird, so daß schließlich der gute Wille des betreibenden Gläubigers, dem Dritten seine Rechte zu sichern, eben nur ein guter Wille bleibt und sein Ziel nicht erreicht. Ein tieferes Eindringen wird ferner zeigen, wie wenig Befriedigendes das mit höchster Kunst der Abstraktion ausgeklügelte ZwVG. leistet, wenn es zur Beurteilung eines alltäglichen, in jedem Verfahren denkbaren Vorkommnisses verwendet werden soll.

I.

Die Schwierigkeit entsteht dadurch, daß der Gegenstand der Beschlagnahme ein anderer ist als der Gegenstand der Versteigerung. Erstere umfaßt nach § 20 Abs. 2 ZwVG. in Verbindung mit § 1120 BGB. nicht die Zubehörstücke, an denen dem Schuldner das Eigentum nicht zusteht, letztere ergreift alle Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners befinden (§ 55 Abs. 2 ZwVG.). Der Ersteher soll nicht genötigt sein, die Eigentumsfrage selbst zu prüfen; er soll darauf rechnen können, daß ihm alles zufällt, was er auf dem Grundstücke im Gewaltbereiche des Schuldners sieht. Es sind äußerlich erkennbare Umstände als Voraussetzung seines Eigentumserwerbs erklärt. Der betreibende Gläubiger hat an Zubehörstücken, die nicht im Eigentume des Schuldners stehen, kein Pfändungspfandrecht; das Veräußerungsverbot des § 23 Abs. 1 Satz 1 erstreckt sich nicht auf sie, gleichwohl gehören sie zur Versteigerungsmasse. Diese Zugehörigkeit kann — wenn von den Ausnahme-Vorschriften der §§ 59 und 65 ZwVG. abgesehen wird — nur durch zwei Mittel gelöst werden. Sie wird aufgehoben, wenn vor der Entscheidung über den Zuschlag das nach § 55 Abs. 2 ZwVG. entscheidende Merkmal, der Besitz des Schuldners, beseitigt wird. Dann ist der Dritte wenigstens davor geschützt, daß durch den Zuschlag seine etwaigen Rechte an der Sache erlöschen; der Ersteher mag sehen, ob es ihm gelingen wird, bei der von ihm etwa angestrengten Eigentumsklage darzutun, die Sache habe dem Schuldner gehört, sei daher nach § 20 Abs. 2 ZwVG. und § 1120 BGB. von der Beschlagnahme umfaßt worden und durch den Zuschlag ihm zugefallen. Ist dieser Weg nicht gangbar,[1]) so ist der Eigentümer darauf angewiesen, vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen (§§ 55 Abs. 2, 37 Nr. 5 ZwVG.). Weitere Möglichkeiten stehen ihm zur Wahrung seiner Rechte nicht zu Gebote; deren bloße Anmeldung gewährleistet ihm zwar die rechtliche Stellung eines Beteiligten und damit die Möglichkeit, sich über den Fortgang des Verfahrens jederzeit genau zu unterrichten (§ 9 Ziff. 2 ZwVG.), aber auch nichts weiter. Die bloße Benachrichtigung der Bietlustigen von den angeblichen besseren Rechten ist ganz wertlos, weil es sich bei dem Zuschlag in der Versteigerung nicht um einen

[1]) Sind der Schuldner und der Dritte darüber einig, daß der Besitz des Schuldners noch vor dem Zuschlag aufgehoben werden soll, so wird ihnen doch anzuraten sein, daß sie sich der Zustimmung des betreibenden Gläubigers vergewissern, bevor sie den Entschluß in die Tat umsetzen, damit sie nicht strafrechtliche Verfolgung gewärtigen müssen.

rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt, und der gute oder böse Glaube des Erstehers für den Eintritt der Wirkungen des Zuschlags nach § 55 Abs. 2 ZwVG. nicht in Betracht kommt.[1]) Auch der Versteigerungsbeamte ist nicht befugt und nicht imstande, durch eigenen Willensentschluß die Ansprüche Dritter aufrechtzuerhalten, etwa dadurch, daß er im Zuschlagsbeschlusse die Rechte Dritter schlechthin oder bestimmte angemeldete Rechte vorbehält. Ein solcher Vorbehalt wäre ordnungswidrig und durch das Beschwerdegericht (oder in Bayern auf Anrufung durch das Vollstreckungsgericht) zu streichen; bleibt er aber stehen, so ist er gleichwohl belanglos.[2]) So ist denn auch mit der „Freigabeerklärung" für sich allein nichts anzufangen; der Eigentümer, der sich mit ihr zufrieden gibt, der Versteigerungsbeamte, der sich etwa mit ihrer Entgegennahme und ihrer Bekanntgabe an die Beteiligten begnügt, würden die Ueberraschung erleben müssen, daß durch den Zuschlag gleichwohl alle Rechte Dritter erlöschen. Die „Freigabe" muß daher, wenn sie Wert haben soll, als Einstellungsbewilligung hinsichtlich der von dem Dritten in Anspruch genommenen Sache aufgefaßt und als solche vom Versteigerungsbeamten gemäß § 30 Abs. 1 ZwVG. durch Einstellungsbeschluß vollzogen werden. Dann sind die Wirkungen des § 55 Abs. 2 ZwVG. abgewendet.

Es ergeben sich nun verschiedene Fragen: 1. Ist die Einstellung des Verfahrens in Ansehung einzelner Sachen überhaupt möglich und kann insbesondere der betreibende Gläubiger eine solche „teilweise Einstellung" bewilligen? Diese Fragen sollen zunächst nur für den Fall geprüft werden, daß die teilweise Einstellung zu einer Zeit erfolgen soll, in der noch keine Gebote gelegt sind und daher eine Anwartschaft eines Bieters auf den Erwerb der Sachen noch nicht entstanden ist. Es wird sodann zu untersuchen sein: 2. Ist die teilweise Einstellung noch möglich, wenn schon Gebote vorliegen; wie ist insbesondere zu verfahren, wenn in dem Zeitraum zwischen dem Schlusse der Versteigerung und der Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag eine Einstellungsbewilligung hinsichtlich einzelner Sachen erfolgt?

II.

1. Die herrschende Meinung hat bisher keine Bedenken getragen, eine gesonderte Einstellung des

[1]) Für die Regel werden auf eine solche Benachrichtigung nicht einmal Schadensersatzansprüche gegen den Ersteher wegen böslicher Schädigung (§ 826 BGB.) gestützt werden können. Denn der Bietlustige kann erwarten, daß der Dritteigentümer den ihm durch das Gesetz vorgezeichneten Weg geht und muß sich, wenn dies nicht geschieht, auf Erörterungen über das Eigentum an den im Besitze des Schuldners befindlichen Zubehörstücken nicht einlassen. § 826 BGB. wäre nur in besonders gelagerten Fällen anwendbar, so z. B., wenn der Bietlustige den Dritten von der Wahrung seiner Rechte im prozessualen Weg in arglistiger Weise abhält.

[2]) Vgl. Jäckel 2. Aufl. Bem. 6 zu § 55.

Verfahrens hinsichtlich beweglicher Sachen als zulässig anzuerkennen. Sie nimmt an, daß nach Beseitigung des zur Einstellung führenden Hindernisses das Verfahren bezüglich der Sache auf Antrag nach § 31 ZwVG. fortzusetzen ist[1]) und daß sodann, wenn der Zuschlag für das Grundstück schon erteilt ist, das Zubehörstück gesondert versteigert werden muß.[2]) Es hat jedoch zunächst Herold im Zentralbl. f. fr. Gerichtsb. IV, S. 291 ff. (insbesondere S. 299 ff.) gegen die herrschende Meinung Stellung genommen, und kürzlich ist Levis in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 35 S. 87 ff. gegen sie aufgetreten. Er sucht darzutun, daß die Einstellung regelmäßig das ganze Verfahren ergreifen müsse; anderseits aber will er doch, wenn ich ihn recht verstanden habe, diesen Satz nicht streng durchgeführt wissen, sondern die Trennung der Versteigerung von Hauptsache und Zubehör zulassen, soferne durch einen Antrag und eine Anordnung nach Maßgabe der §§ 65 oder 59 ZwVG. die Versteigerungsmasse in Teile geschieden ist. Und zwar will er eine derartige Teilung auch noch nach Erlaß des Einstellungsbeschlusses gestatten (a. a. O. S. 99). Darin liegt m. E. ein gewisser Widerspruch gegenüber dem zuvor aufgestellten Satze: „auch wer nur wegen der Zubehörden ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht geltend machen will, darf und muß grundsätzlich die Einstellung des ganzen Verfahrens herbeiführen" (a. a. O. S. 93). Ist einmal die Einstellung des ganzen Verfahrens verfügt, so ist eine Anordnung nach § 65 ZwVG. und ein Vorgehen nach § 59 ZwVG. unmöglich. Wahrscheinlich liegt aber nur eine Unklarheit in der Darstellung vor, und es scheint die Auffassung von Levis etwa folgende zu sein: Die Einstellungsanordnung des Prozeß- oder Vollstreckungsgerichts bezieht sich zunächst nur auf die von dem Dritten in Anspruch genommenen Zubehörstücke; liegt zur Zeit ihres Ergehens schon eine Teilung der Masse nach § 65 (oder auch nach § 59) ZwVG. vor, so kann das Verfahren im übrigen seinen Fortgang nehmen; ist eine solche Teilung noch nicht erfolgt, so kann sie nachträglich bewirkt werden, und zwar entweder durch einen Antrag nach § 59 ZwVG. (vorausgesetzt, daß die Beteiligten zustimmen, deren Rechte möglicherweise beeinträchtigt werden könnten), oder durch eine Anordnung nach § 65 ZwVG., die der Versteigerungsbeamte[3]) nur erlassen kann, wenn

[1]) Nur in einem Falle von Amts wegen, wenn nämlich das Vollstreckungsgericht die Einstellung der Zwangsvollstreckung verfügt und hierbei eine Frist bestimmt hat, innerhalb deren die Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen ist (§§ 769 Abs. 2, 771 Abs. 3, 785 ZPO.).

[2]) Vgl. insbesondere Jäckel 2. Aufl. Bem. 1 zu § 65.

[3]) Darüber, daß in Bayern zu einer solchen Anordnung der Notar, nicht das Vollstreckungsgericht zuständig ist, s. die näheren Ausführungen in dem Anhangbande zu meinem Kommentar zum ZwVG. S. 12 Bem. 2.

er sich davon überzeugt, daß die gesonderte Verwertung des Zubehörs den Interessen der Beteiligten nicht schaden kann.

Die Angriffe von Levis gegen die bisher überwiegende Auffassung haben unzweifelhaft eine richtige Grundlage: eine Zerreißung des Zusammenhangs zwischen Grundstück und Zubehör ist mißlich und sollte, wenn irgendwie möglich, vermieden werden. Es fragt sich aber, ob das zur Wahrung dieses Grundsatzes vorgeschlagene Mittel nicht noch größere Nachteile im Gefolge hat, als eine Spaltung der Versteigerungsmasse. Vielleicht wählt die herrschende Meinung unter zwei mit Gefahren verbundenen Wegen doch den verhältnismäßig besseren. Es wird auf ihm nicht allzu häufig zu der von Levis befürchteten, wirtschaftlich schädlichen Lostrennung des Zubehörs von der Hauptsache kommen. Hat ersteres einen hohen Wert, so daß es die Preisbildung bei der Versteigerung wesentlich mitbestimmt, ermöglicht es vielleicht überhaupt erst die wirtschaftliche Ausnützung des Grundstücks, so wird der betreibende Gläubiger im eigenen Interesse das ganze Verfahren einstellen lassen, wenn er nicht einen ergebnislosen Verlauf des Bietgeschäftes oder einen ganzen oder teilweisen Ausfall seines Anspruchs gewärtigen will. Anderseits wird die von Levis befürwortete Ausdehnung der Einstellung vielfach eine für den betreibenden Gläubiger sehr beschwerliche Verzögerung des ganzen Verfahrens im Gefolge haben; er wird, sobald ein Dritter Rechte an einem, wenn auch nur geringfügigen, Versteigerungsgegenstande in Anspruch nimmt, auf den guten Willen der Beteiligten angewiesen, die einer etwaigen Aenderung der Versteigerungsbedingungen nach § 59 ZwVG. zustimmen müssen, oder auf die Entschlußfähigkeit des Versteigerungsbeamten, dem die Prüfung zugemutet wird, ob die gesonderte Verwertung des Zubehörs die Versteigerung des Grundstücks ungünstig beeinflussen wird.[1]) Dadurch wird er — und hiermit greifen wir auf den nächsten Abschnitt unserer Untersuchung über — auch gehindert, sich mit dem Dritten, dessen Ansprüche er vielleicht gar nicht bestreitet, über die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der nicht dem Schuldner gehörenden Sache zu einigen; er müßte damit rechnen, daß selbst seine wohlberechtigte Nachgiebigkeit die Einstellung des ganzen Verfahrens zur Folge hat, und daß ihm nun, wenn er den Weiterbetrieb sichern will, der am Ende aussichtslose Widerspruchsprozeß aufgedrungen wird. Erst wenn er so glücklich war, ihn zu verlieren, kann die Sache weitergehen. Sich zu einer „Freigabe“ einer Sache, d. h. einer teilweisen Einstellungsbewilligung, zu entschließen, wäre hiernach eine gewagte Handlung.

Ich möchte auf Grund dieser Erwägungen doch der herrschenden Meinung den Vorzug geben, ohne irgendwie zu bestreiten, daß die Auffassung von Levis auch ihre Berechtigung hat, und daß ein abschließendes Urteil über die noch nicht völlig geklärte Frage abgeben zu wollen voreilig wäre.[1]) Auch die Rechtsprechung hat nicht endgültig Stellung genommen.[2])

(Schluß folgt.)

¹) Nur nebenher soll erwähnt werden, daß der Schuldner sich diesen Umstand in der Weise zunutze machen könnte, daß er im Einverständnisse mit einem Dritten eine wertvolle Sache in seinen Besitz bringt, die als Zubehör angesehen werden kann. Der Gläubiger könnte dann für einige Zeit im Betriebe des Verfahrens gehindert werden und müßte unter Umständen noch die Kosten der Verzögerung, nämlich die Kosten des Widerspruchsprozesses, tragen.

¹) Ich muß es mir mit Rücksicht auf den Raum versagen, noch auf die Beweisführung einzugehen, die Levis auf Grund des Wortlauts des Gesetzes unternimmt. Es handelt sich bei dieser Abhandlung hauptsächlich darum, die „Freigabe“ durch den Gläubiger vom Standpunkte der herrschenden Meinung zu würdigen.

²) Es erweist sich gerade in diesem praktisch wichtigen Fall als ein Nachteil für die Uebergangszeit, daß es nicht möglich ist, Entscheidungen des Reichsgerichts über die prozessualen Vorschriften des ZwVG. zu erzielen. Die Rechtsprechung muß notwendig zu partikularer Rechtsbildung führen.

Ueber einstweilige Verfügungen in Ehesachen.

Von **J. Schäfer**, Oberlandesgerichtsrat in Bamberg.

(Schluß.)

II. Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes.

Hier besteht ein noch viel lebhafterer Streit als in der obigen Frage und zwar ebensowohl in materiellrechtlicher als in prozessualer Hinsicht. Es fragt sich einerseits, ob der Mann nach den Vorschriften des BGB. verpflichtet ist, seiner Frau für einen von ihr zu führenden Rechtsstreit überhaupt, insbesondere für einen mit ihm selbst zu führenden Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß zu gewähren, andererseits ob der Mann in dem von der Frau begonnenen Scheidungsprozesse durch einstweilige Verfügung und zwar, da § 627 hier nicht anwendbar ist, gemäß §§ 935 ff. hierzu angehalten werden kann. Die für die Bejahung und Verneinung dieser Fragen vorhandene Literatur, welche wegen ihres großen Umfangs hier nicht angegeben werden kann, ist zu ersehen bei:

Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl. § 1387 Ziff. 3 und

Seuffert a. a. O. § 91 Ziff. 6a.

Das Reichsgericht hat in mehreren Entscheidungen beide Fragen konstant bejaht und zwar die materiellrechtliche für den gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung auf Grund des § 1387 Nr. 1 mit § 1416 Abs. 1 BGB., welche Bestimmungen nach §§ 1529, 1535 a. a. O. auch für den Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft Platz greifen, und für die allgemeine Gütergemeinschaft auf Grund des § 1460 Abs. 2 mit § 1459 Abs. 2 a. a. O., welche nach § 1549 a. a. O. auch

bei der Fahrnisgemeinschaft gelten. Bei dem Güterstande der Gütertrennung hat die Frau gegen den Mann keinen Anspruch auf Prozeßkostenersatz außer nach § 91 ZPO., wenn sie im Prozesse gegen ihn siegt; sie hat also auch nicht auf Kostenvorschuß Anspruch. Beide Fragen wurden von vielen, namentlich von Staudinger a. a. O., Seuffert a. a. O. und Gaupp-Stein a. a. O. Vorbem. zu § 606 Anm. VI entschieden verneint unter vielfach abweichender Begründung.

Auf eine nähere Besprechung der beiderseitigen Ansichten kann hier wegen des Umfanges nicht eingegangen werden, zumal auch der Stoff schon so vielfach und gründlich erörtert ist, daß, wie schon erwähnt, neue wissenschaftliche Gesichtspunkte hier kaum aufgefunden werden können. Uebrigens wäre auch nicht auf einen praktischen Erfolg zu rechnen; denn die vorliegende Meinungsverschiedenheit in Theorie und Praxis ist so groß, daß sie nicht durch gelehrte Erörterungen, sondern nur auf autoritativem Wege durch die Gesetzgebung oder Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts beseitigt werden könnte. Ich will hier nur die Frage besprechen, wie sich die Rechtsprechung diesen sich schroff bekämpfenden Ansichten gegenüber zu verhalten hat.

Meines Erachtens haben sich die Gerichte unbedingt der Ansicht des Reichsgerichts anzuschließen aus folgenden, vom OLG. Bamberg in zwei jüngst ergangenen Entscheidungen ausgesprochenen Gründen, welche ich nur ein wenig weiter ausgeführt habe.

1. Die Rechtsauffassung des Reichsgerichts ist weder in materieller, noch in prozessualer Hinsicht unhaltbar. Dies beweisen die Ausführungen von Wolff in „Das Recht“ 1903 S. 76 und auch die Darlegungen von Planck a. a. O. § 1387 Ziff. 1 b, c, d, woselbst es unter anderem heißt:

„In Prozessen zwischen Mann und Frau führt der § 1387 Nr. 1 zu einer unbedingten Kostenvorschußpflicht des Mannes für alle Rechtsstreite, gleichgültig, was Gegenstand des Streites ist. Denn nach § 1387 hat der Mann die Kosten eines Rechtsstreits der Frau zu tragen, sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen; ob dies der Fall ist, ergibt sich aber nach § 1416 Nr. 1 erst nach Beendigung des Rechtsstreits; da mithin erst in diesem Zeitpunkte vom Manne bewiesen werden kann, daß die Bedingung, unter der er von Kostentragung befreit ist, zutrifft, hat er bis dahin die Kosten, soweit sie bis dahin schon gefordert werden können, zu tragen, d. h. er hat sie vorzuschießen. . . . Eine andere Frage ist, ob die Kostenvorschußpflicht des Mannes im Eheprozeß im Hinblick auf §§ 937, 615 ZPO. durch einstweilige Verfügung verwirklicht werden kann. Die Frage dürfte mit dem Reichsgericht (E. Bd. 47 S. 75) zu bejahen sein.“

Diese Ausführung bezieht sich auf den gesetzlichen Güterstand und den der Errungenschaftsgemeinschaft. Für die allgemeine Gütergemeinschaft und damit auch für die Fahrnisgemeinschaft ist auch Fischer-Henle in § 1460 Note 4 BGB. 6. Aufl. der Ansicht des Reichsgerichts beigetreten, indem es daselbst heißt:

„Der Mann hat die Kosten für die Frau aus dem Gesamtgute und auch aus seinem eigenen Vorbehaltsgut zu zahlen und vorzuschießen.“

2. Die Ansicht des Reichsgerichts entspricht auch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs. Sie beweist praktischen Takt nicht nur für Anwälte (vgl. Gaupp-Stein a. a. O. Vorbem. zu § 606 Note 31), sondern auch für Richter und Parteien. Wie Meyerhoff in JW. 1900 S. 690 ff. unbestreitbar nachgewiesen hat, war es in fast ganz Deutschland seit langer Zeit bis zum 1. Januar 1900 in der Praxis zweifelloses Recht, daß in Ehesachen unter dem Gesichtspunkte der Unterhaltspflicht dem Ehemann durch einstweilige Verfügung aufgegeben wurde, der Ehefrau Prozeßkostenvorschuß zu leisten. Diese konstante Rechtsübung beruhte zweifellos auf den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs. Daß es für die Frau ein wesentlicher Nachteil ist, wenn sie sich in Ehestreitsachen wegen Mangels der erforderlichen Geldmittel nicht durch einen Anwalt vertreten lassen kann (§ 84 RAGO.), bedarf keiner Begründung.

Dränge die gegnerische Meinung durch, so würde sich daraus für die Frau eine empfindliche Verschlechterung ihrer Rechtslage dem bisherigen Rechte gegenüber ergeben. Dies kann nicht unterstützt werden, zumal die Motive bei Begründung der Aufgabe des bisherigen Standpunkts, daß die Prozeßkosten einen Teil der Unterhaltspflicht bilden, von einer irrigen Auffassung des bisherigen Rechts und der bisherigen Rechtsübung ausgegangen sind (Meyerhoff, a. a. O. S. 690 ff.; Gaupp-Stein a. a. O. Vorbem. zu § 606 Note 33).

Auch die Gegner erkennen selbst an, daß durch die Verneinung der Vorschußpflicht des Mannes und der Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung eine praktische Lücke entsteht (Gaupp-Stein, a. a. O. Vorbem. zu § 606 Anm. VI B, d; Staudinger, a. a. O. § 1387 Ziff. 3, g) und suchen solche auf andere Weise auszufüllen. Die betreffenden Vorschläge sind aber nicht bedenkenfrei. Seuffert (a. a. O. § 91 Ziff. 6, a, d) sagt:

„Die Frau kann sich die Mittel zur Prozeßführung über ihre persönlichen Angelegenheiten, insbesondere auch zu einem Eheprozesse, verschaffen, indem sie bei dem Vormundschaftsgerichte nach FGG. § 45 beantragt, daß das Vormundschaftsgericht die von dem Manne verweigerte Zustimmung zu einer Verfügung über eingebrachtes Gut oder über Gesamtgut ersetze (vgl. BGB. §§ 1402, 1451); dadurch wird sie in den Stand gesetzt, über eingebrachtes Gut oder über Gesamtgut ohne Zustimmung des Mannes zu verfügen.“

Hiergegen bemerkt Gaupp-Stein (a. a. O. Vorbem. zu § 606 Note 58, 59) mit Recht, daß die Voraussetzungen zur Verweisung der Frau auf den Weg des § 1402 nicht vorliegen, da die Frau zur Bevollmächtigung des Anwalts der Zustimmung des Mannes nicht bedürfe (§ 1395 BGB.) und eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das eingebrachte Gut nicht nötig sei, indem der Anwalt sich sowohl an den Mann persönlich (§ 1388) als an das eingebrachte Gut (§§ 1411, 1412 Abs. 2) halten könne.

Aber auch der bei Gaupp-Stein (a. a. O. VI, B, 3 d, e) als richtig bezeichnete Weg der Klage des Anwalts der Frau gegen den Mann (§ 1388), welche nach § 34 ZPO. beim Ehegericht I. Instanz anzubringen sei, befriedigt wenig. Einerseits ist die Anwendbarkeit der letzteren Bestimmung auf Klagen gegen Dritte, welche die Prozeßvollmacht nicht erteilt haben, bestritten (OLG. Rspr. Bd. 5 S. 88), andererseits müßte der Anwalt der Frau, um sicher zu gehen und nicht schließlich Prozeßkosten aus eigener Tasche zu zahlen, beim ordentlichen Gerichtsstande des Mannes klagen; dies wird, da der Prozeßkostenvorschuß meistens 300 Mk. nicht übersteigt, regelmäßig das Amtsgericht sein, was in vielen Fällen eine umständliche Reise des Anwalts dahin mit ganz unverhältnismäßigen Kosten verursachen würde.

Was endlich die Verweisung der Frau, die vielleicht erhebliches Vermögen in die Ehe eingebracht hat, auf die Erbittung des Armenrechts betrifft (Staudinger a. a. O. § 1387 Ziff. 3, g), so ist auch diese sehr bedenklich.

Daß eine solche Frau im Sinne der §§ 114 ff. ZPO. als vermögenslos zu erachten sei, ist nur für einen Juristen begreiflich; es kann aber auch von einem solchen bezweifelt werden. Jedenfalls ist es eine unbillige und ihre Standeswürde verletzende Zumutung an eine so begüterte Frau, sich im Armenrecht vertreten zu lassen. In einem der erwähnten Fälle am OLG. Bamberg war die Frau eine geborene Gräfin und hatte ihrem Manne, mit welchem sie in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte, ein bedeutendes Vermögen zugebracht. Das Gericht konnte sich nicht entschließen, unter Ablehnung der beantragten einstweiligen Verfügung auf Vorschußleistung diese Frau auf das Armenrecht zu verweisen.

Es ist für die Frau auch nicht gleichgültig, ob sie sich selbst den Anwalt, dem sie ihr Vertrauen schenkt, auswählen darf oder sich mit einem ihr vom Gerichte nach der Reihenfolge zugeteilten Armenanwalte begnügen muß; denn, wenn man auch durchaus nicht sagen kann, daß Armenprozesse weniger gut geführt würden als andere, so ist doch in der Qualität der einzelnen Anwälte ein Unterschied, der das freie Wahlrecht wertvoll erscheinen lassen muß. Auch der Umstand, daß das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts erst einer richterlichen Vorprüfung über die Frage, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheine, unterworfen werden muß, ist nicht bedeutungslos; denn es kann in diesem Stadium, in welchem oft das nötige Prozeßmaterial noch nicht vorhanden ist, auch vorkommen, daß das Gesuch ungerechtfertigt zurückgewiesen und so der Rechtsschutz der Frau dauernd oder doch vorübergehend beeinträchtigt wird. Andererseits ist es nicht stichhaltig, daß bei Annahme der Vorschußleistungspflicht der Mann gezwungen werde, die frivolsten Prozesse der Frau gegen ihn zu ermöglichen (Staudinger a. a. O. § 1387 Ziff. 3, g); denn da die Voraussetzungen des § 940 ZPO. gegeben sein müssen, wird bei einem frivolen Anspruch die Notwendigkeit der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile usw. nicht glaubhaft gemacht werden können.

Demnach ist die auch in den Motiven z. BGB. (Bd. 4 S. 697) enthaltene Hinweisung auf das Armenrecht zur Ausfüllung der bestehenden Lücke nicht geeignet.

3. Endlich ist zu berücksichtigen, daß das Reichsgericht bei seiner Auffassung bis in die neueste Zeit stehen geblieben und nicht darauf zu rechnen ist, daß in absehbarer Zeit etwa durch eine Plenarentscheidung ein Wandel eintritt, was Gaupp-Stein (a. a. O. Note 31) anzunehmen scheint. Es wird vielmehr das Reichsgericht voraussichtlich, seiner Ansicht getreu, alle entgegenstehenden Entscheidungen der Untergerichte aufheben. Es liegt deshalb im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, sich dem Reichsgerichte anzuschließen; denn es kann nur als ein ungesunder, der Rechtspflege nachteiliger Zustand bezeichnet werden, wenn gleichgelagerte Rechtssachen ständig ein verschiedenes Schicksal finden würden, je nachdem sie zum Reichsgerichte gelangen oder dies, sei es wegen des wohl regelmäßig vorliegenden Mangels der Revisionssumme bei mündlicher Verhandlung über die einstweilige Verfügung oder im anderen Falle wegen gleichlautender Beschlüsse der unteren Instanzen, nicht möglich ist.

Schließlich sei noch folgendes bemerkt. Am einfachsten würde die ganze Streitfrage gelöst, wenn man mit Meyerhoff a. a. O. annehmen würde, daß die Kostenvorschußpflicht des Mannes einen Teil seiner Unterhaltungspflicht bilde; es wäre hierdurch nicht nur die materielle Seite geordnet, sondern auch die prozessuale, weil dann der § 627 ZPO. anwendbar würde. Dem stünde zwar der Inhalt der Motive entgegen, nicht aber der Wortlaut des Gesetzes; denn, was zum Unterhalt gehört, ist im BGB. nicht ausgesprochen; die Festlegung des Begriffs ist also der Wissenschaft überlassen. Die Ansicht der Verfasser der Motive könnte hierbei keine größere Geltung haben als die anderer Juristen (Planck a. a. O. Bd. I Einl. S. 31). Warum sollte man aber nicht wie früher, so auch jetzt dem Bedürfnisse des Rechts-

verkehrs Rechnung tragen und zur Ausfüllung einer Lücke im Gesetze zu der früheren, auch dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprechenden Auslegung des Begriffes Unterhalt zurückkehren dürfen? Das Reichsgericht steht allerdings bis jetzt nicht auf diesem Standpunkte.

Freie Nebenvorlesungen zum Zivilprozeß.

Von Prof. **Dr. A. Mendelssohn Bartholdy** in Würzburg.

Zeiten, die mit grundstürzenden Reformen locken und drohen, bringen das Geschlecht, über das sie hingehen, in eine kaum zu bestehende Versuchung und Gefahr: mit der ganzen geistigen Kraft, die verfügbar ist, arbeitet man an der Zukunft, so unsicher sie sein mag; eine fieberhafte Lust am Mitdabeisein ergreift wie beim Krieg oder bei einem Aufruhr, einem Straßenschauspiel, auch die kühleren Naturen, und bewußt oder triebmäßig wendet jeder sein Leben daran, daß er an der Zeugung des Kommenden Teil habe. Die Gegenwart scheint kleinlich, langweilig; daß mit kleinen Mitteln in ihr manches gebessert werden könnte oder geändert werden sollte, darauf sieht und hört man nicht mit den Sinnen, die gespannt in die Ferne gerichtet, auf weite, freie Prospekte eingestellt sind. Für den aufmerksamen Beobachter großer Gesetzesreformen ist dieser Satz vom Schaden, den die vielversprechende Zukunft der Gegenwart bringt, eine Alltagsweisheit. Aber auch auf größeren Gebieten, als die neue Kodifikation oder Novelle des Gesetzgebers je umfaßt, zeigt sich ein Gleiches. Radikale Schulreformen, Umbildungen der Volkserziehung, des Hochschulwesens: liegt das in der Luft, so gibt sich niemand mehr mit sonderlichem Eifer einer Aenderung des Stundenplans, dem Ausdenken einzelner neuer Lehrmittel, einer andern Einteilung des Lehrstoffes hin. Daß die Schulreform nicht beim Abiturientenexamen Halt machen, sondern auch die Hochschulen in Bewegung bringen wird, kasuistischer Anschauungsunterricht gegen systematische Schulung, praktisch unmittelbar verwertbare Kenntnisse und Gewandtheiten gegen das Lernen um seiner selbst willen ausgespielt sein wollen, darüber ist nicht viel Zweifel möglich. Darauf wartet und denkt man, zum Angriff und zur Abwehr rüstend. So, meine ich, löst sich auch die sonst wohl berechtigte Verwunderung darüber, daß das äußere, aus gemessenen Verhältnissen schon lang herausgetretene Wachsen der deutschen Hochschulen an der Zahl der Hörer bei den juristischen Fakultäten wenigstens kaum irgendwo zu einer Verbreiterung und Differenzierung des Lehrplans geführt hat.

Einer solchen Verbreiterung möchte ich hier das Wort reden; ich beschränke mich auf das Gebiet des Zivilprozesses. Die Frage nach der Form, in der den Hörern der Stoff mitgeteilt wird, schalte ich aus. Sie ist in diesen Blättern kürzlich von Krückmann in anderem Zusammenhang durchgesprochen worden.[1]) Eine Antwort zu finden, sollte nicht schwer sein, da man nur zwischen zwei gleich irreführenden Seitenwegen die Mitte zu halten braucht, sich hüten muß vor dem Preisgeben der freien Rede, die immer die Haupttonart des akademischen Lehrers bleiben muß und von notgedrungen gegebenen Druckbeilagen so wenig wie von repetitorischen Fragen und Antworten übertäubt werden darf. Vielleicht liegt auch der Grund mancher Schäden weniger in der Form, in der man ihn gerne sucht, als im üblich beschränkten Inhalt der Vorlesung.

Der Zivilprozeß ist Zwangskolleg; mit ihm die Zwangsvollstreckung und die besonderen, die summarischen Prozeßarten. Die Stundenzahl, die der Student an diese Materien wenden muß, ist hier und dort verschieden; man liest Zivilprozeß mit der Vollstreckung in sechs bis sieben und im folgenden Semester die summarischen Prozesse in einer bis zwei Stunden, aber auch den Prozeß ohne Vollstreckung in sechs und die Vollstreckung im nächsten Halbjahr in etwa drei Stunden; die besonderen Prozeßarten bilden dann wohl ein eigenes Kolleg. Von einem tüchtigen Dozenten verlangt man, daß er über kurze und lange Semester, Mehr- oder Minderzahl der Stunden Herr wird; ich glaube, im Stoff unterscheidet sich die elfstündige Prozeßvorlesung von der siebenstündigen kaum; sie geht in die Tiefe, verliert sich vielleicht sogar in ihr, läßt aber den Hörer über den Zivilprozeß im engen und beschränkten Sinn so wenig in die Nachbargelände hinaussehen wie ihre kurzlebigere Schwester.

Gerade die freie Aussicht und Uebersicht sollte aber das Höchste sein, was auf der Hochschule dem Hörer geboten wird. Im Vorbereitungsdienst wird die Beschränkung auf ein kleines Arbeitsgebiet ihren erzieherischen Wert haben; aber auch der geringste Handlangerdienst im großen Justizgebäude wird mit sehr viel mehr Verständnis und Freudigkeit geleistet werden, wenn dem Arbeiter im kleinen das große Ganze vorher gezeigt worden war, in dem sein Dienst den fest gewiesenen Platz hat und nicht entbehrt werden kann. Für drei von den vier Nebenvorlesungen, die mir zur Ergänzung, Abklärung der Haupt-Prozeßvorlesung wünschenswert, ja notwendig scheinen, ist e i n Gedanke führend und herrschend: daß das wahre Wesen einer Rechtsordnung nicht aus dem Text der heute und hier — ich sage mit voller Ueberlegung: oft zufällig — geltenden lex scripta, auch nicht aus der neuen und neuesten Judikatur und wissenschaftlichen Meinung im Lande erkannt werden kann, daß zu dieser Erkenntnis vielmehr eine Möglichkeit vergleichender Würdigung des räumlich und zeitlich gegenwärtigen Rechtszustands

[1]) S. Jahrgang 1905 S. 379.

und früherer, fremder und (soweit schon Ansätze dazu da sind) auch künftiger Rechtszustände gegeben sein muß. Uebersieht man das, so gerät man in eine Abhängigkeit gegenüber dem positiven Recht und besonders gegenüber dem geschriebenen Gesetz, die mit wissenschaftlicher Erkenntnis unvereinbar ist; und zudem läuft man Gefahr, eine Kaste von Gesetzesjuristen sich bilden zu sehen, die das Recht nicht sowohl kennen als hüten und haben will und darüber die immerfließenden Quellen des Rechtsbewußtseins, des Rechtslebens und also auch des Rechtes aus den Augen verliert oder gar zu verschütten trachtet. Solchen Bildungen aber muß von allen Berufenen möglichst entgegengewirkt werden; und zumal auf der Hochschule ist dafür die rechte Zeit und Gelegenheit.

Der Hauptvorlesung über Zivilprozeß und Vollstreckungsverfahren sollte eine propädeutische Prozeßvorlesung vorausgehen und neben ihr könnte selbständig über ausländische Prozeßsysteme, über das Verfahren vor den besonderen Gerichten, den Gewerbegerichten, Kaufmannsgerichten gelesen werden. Als notwendige Ergänzung tritt ein Kolleg über internationales Privatrecht dazu.

1. Propädeutik des Zivilprozesses. Mutatis mutandis kehrt in allen Rechtsdisziplinen die Schwierigkeit der Stoffanordnung wieder, auf die Zitelmann neuerdings, von der Behandlung des bürgerlichen Rechts ausgehend, in scharfer Kritik der üblichen Einteilung hingewiesen hat.[1]) Der „allgemeine Teil", die „allgemeinen Lehren", mit denen die Darstellung im Kolleg zu beginnen pflegt, sind die schwerste Kost des ganzen Semesters. „Der junge, der juristischen Abstraktionen noch ungewohnte und nach Realitäten hungrige Zuhörer erlahmt durch die Allgemeinheiten, mit denen er gleich zuerst traktiert wird; . . . . auch die größte Kunst des Dozenten vermag es hier nicht, die Verbindung mit dem praktischen Leben, die doch für das Sich-Interessieren und das Verstehen unentbehrlich ist, durch Beispiele genügend herzustellen: die Abstraktionshöhe ist allzu hoch." Die „Allgemeinheiten", von denen Zitelmann hier spricht, stehen auch im Zivilprozeß-Kolleg voran; ohne Vorstellung von der äußeren Erscheinung, vom Gang des Verfahrens empfängt der Hörer die Lehre von den Prozeßsubjekten, vom Prozeßrechtsverhältnis. Oder, soll eine Einzelheit herausgegriffen werden: mit der Partei wird — das Gesetz macht es ja nicht anders — der Dritte behandelt, der am Verfahren teilnimmt, der Haupt- und Nebenintervenient, ehe der Lernende von dem Verfahren etwas gehört hat, in das der Intervenient eintritt. Aber wenn im bürgerlichen Recht durch ein Aufgehen des allgemeinen Teils in den Vorlesungen über die besonderen Lehren geholfen werden kann: in der einen Prozeßvorlesung geht das nicht an, man müßte denn wirklich das Pferd am Schwanz aufzäumen. Eine einführende, propädeutische Vorlesung könnte helfen. Sie könnte resolut mit einer möglichst lebendigen Schilderung des äußeren Prozeßbildes in seinen verschiedenen Typen, vielleicht sogar den Strafprozeß, das Verwaltungsgerichtsverfahren und prozeßähnliche Vorgänge aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit eingeschlossen, begonnen werden. Die Vortragsart müßte kurz und derb sein, auf das Vorstellungsvermögen des Anfängers so stark wirken, wie etwa auf den Schuljungen der historische oder geographische Hintergrund einer mit Lust gelesenen Räubergeschichte; auf Vollständigkeit und Korrektheit im kleinen käme dabei nichts an; einen verständigen, aufmerksamen Lerner regt es nur an, wenn er beim tieferen Eindringen früher Gehörtes berichtigen muß und zu den großen geraden Linien die Verzierungen oder Unebenheiten der Ausnahmsfälle aufgezeigt bekommt.

Der entscheidende Wert der Prozeßpropädeutik läge aber darin, daß sie der geschichtlichen Entwicklung zu ihrem hohen und heiligen Recht in der wissenschaftlichen Lehre verhelfen könnte. Dieses Recht wurzelt ja nicht nur in der nahen Verwandtschaft zwischen Geschichte und Jurisprudenz, über die von großen Rechtsgelehrten aller Zeiten (und gerade von den in ihrer Zeit am stärksten wirkenden besonders nachdrücklich) Zeugnis abgelegt worden ist;[1]) dieses Recht bewährt sich nicht nur fortwährend dadurch, daß an jedem, der es mißachtet, der sich selbst und seine Zeit an den Anfang aller Dinge setzt, diese Ueberhebung durch die Vergänglichkeit, den Eintagserfolg seines eigenen Schaffens gestraft wird; dieses Recht bewahrt auch den, der es achtet, vor beschränktem Spezialistentum, vor dem, was im sozialen und Kulturleben Kirchturmgeist genannt wird und was in

---

[1]) Der Wert eines „Allgemeinen Teils" des Bürgerlichen Rechts, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 33.

[1]) Ich möchte mir nicht versagen, einen neueren Ausspruch Mitteis' hier zu zitieren, der an einer nur Wenigen zugänglichen Stelle steht, in seiner Gedächtnisrede auf Moritz Voigt (Berichte der philologisch-historischen Klasse der Kgl. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig Bd. 57, Sitzung vom 14. Nov. 1905): „Die Jurisprudenz ist eine der Geschichte überall nahestehende Wissenschaft, welche fortwährend an die erstere Fragen zu stellen hat, aber der Inhalt dieser Fragen muß sich im Lauf der Zeit vielfach verändern. Auf diese Fragestellung ließ sich Voigt nicht ein; ihm ist die Geschichte eine Wahrheit, die man suchen soll, nicht weil man sie braucht, sondern weil sie ist, und er fürchtet der Geschichte eine falsche Antwort zu suggerieren, wenn er mit bestimmten Fragen an sie herantritt. Man kann diesen Standpunkt mißbilligen; man kann ihm entgegenhalten, daß aller Geschichte, damit sie lebendig werde, doch ein Leben eingehaucht werden muß, welches wir nur von unserm Leben nehmen können. Aber andererseits hat dieser Standpunkt eine gewisse Berechtigung insofern, als er unbedingt gegen die Gefahr schützt, moderne Anschauungen am unrechten Platz in die Vergangenheit hineinzutragen, und außerdem verdient diese voraussetzungslose Forschung auch darum besondere Achtung, weil sie das Opfer bringt, auf den praktischen Tageserfolg unbedingt zu verzichten."

der Rechtswissenschaft Gesetzparagraphengeist heißen kann. Das ideale Gesetz, das nur so wie es ist und nicht anders sein könnte, ist noch nicht gesehen worden, und solange man mit unvollkommenen Werken des Gesetzgebers zu tun hat — ob in der Praxis oder in der Wissenschaft, gilt gleich — ist die Erkenntnis der „anderen Möglichkeiten“, die kritische, aber duldsame Erkenntnis das Erste und Notwendigste. Und zu dieser Erkenntnis führt die Geschichte am schönsten und sichersten. Freilich nicht eine Geschichte, die in den Jahreszahlen der größeren Kodifikationstaten beschlossen ist, oder die mit dem ersten Entwurf des geltenden Gesetzes anhebt, um durch den zweiten, dritten, vierten mit gewissenhafter Erwähnung aller Kommissionen, Reichstags- und Bundesrats-Sitzungen bis zum vielberühmten 1. Januar 1900 vorzuschreiten. Aber eine, die den Zusammenhang zwischen den Wandlungen des Staats- und Gemeindewesens und der Entwicklung des Gerichtsverfahrens aufzeigt, die uns darüber belehrt, wie in früherer Zeit das Recht auf gerichtlichen Schutz und die Pflicht, ihn zu gewähren, aufgefaßt wurde; eine Geschichte, die den wechselnden Einfluß der Prozeßpersonen auf die Gestaltung des Verfahrens erzählt: die Herrschaft des Volkes, des absoluten Herrschers, der Beamten, der Advokaten; eine Geschichte, die zuletzt das große Problem allen Prozeßwesens, des Verhältnisses von Inhalt und Form, richtigzustellen versucht.

2. Dem gleichen Zweck: Vergleichsmöglichkeiten zu schaffen, einen Standpunkt über dem geltenden Recht zu gewinnen, sollte eine selbständige, institutionenartige Darstellung der wichtigsten und typischen ausländischen Prozeßrechte dienen. Sie wäre auf verschiedene Weise möglich: auf bestimmte Länder oder Ländergruppen beschränkt, aber Zivilrecht, Handelsrecht, Zivilprozeß, freiwillige Gerichtsbarkeit und Konkurs umfassend; oder auf den Prozeß beschränkt und hier vielleicht zunächst das nah verwandte österreichische Recht, dann das französische und zuletzt das fremdeste und anregendste: das englische Recht, behandelnd. Die äußeren Schwierigkeiten, die sich dem entgegenstellen, verkenne ich nicht; die Aufgabe des Dozenten ist eine sehr schwere; die Beherrschung des Stoffs, die er bei notwendig äußerst beschränkter Zahl der Kollegstunden im höchsten Maß besitzen müßte, läßt sich nur von einem aufs Große, Systematische von Natur gerichteten Verstand und von einem lebendigen, im Ausland am Rechtsleben betätigten Auffassungsvermögen erwarten. Wird der angehende Dozent zu den Opfern der unsichern Wartezeit auch noch das bringen können, daß er auf ein Jahr oder zwei nach England oder Frankreich geht, und wird sich ihm dort, wenn er als Privatmann kommt, der Blick in die Praxis und in das Rechtsempfinden des Volkes auftun? Die Regierungen müßten mit Reisestipendien, mit der Aussicht auf Lehraufträge zu Hilfe kommen; der offizielle Apparat, der bei dem „Professoren-Austausch“ so laut und prächtig gearbeitet hat, könnte hier wirklich Gutes wirken. Auf jeden Fall sollten die Regierungen wie die Fakultäten solche Studienjahre im Ausland den angehenden Dozenten aufs höchste veranschlagen, höher als den inländischen Vorbereitungsdienst. Die Vorlesungen können dann auch den jungen Praktikern zugute kommen, die in einer Universitätsstadt amtieren. Die Bedürfnisfrage scheint mir überhaupt nicht zweifelhaft. Ich will nur das eine aussprechen, daß für uns Deutsche über der politischen und industriellen Erstarkung niemals das Behaupten und Befestigen unsers alten Rufs und Ruhms in der Welt vergessen werden darf: daß wir uns im Verstehen und Kennen der andern Völker von niemand übertreffen lassen und uns die humanistische Bildung in diesem Sinn bewahren wollen.

3. Zu dem Recht der Vergangenheit und der Fremde das Recht der Zukunft: unter dieser Firma könnte sich ein Kolleg über das Verfahren vor den Sondergerichten, den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten insbesondere, dazugesellen. Dieses Verfahren ist aus der Unbrauchbarkeit des gemeinen Prozesses heraus entstanden, in bewußter, zum Teil politisch-sozialer Opposition gegen die ZPO. und ihre Handhabung durch die ordentlichen Gerichte, durch die Rechtsanwaltschaft. Daß die Gegensätze zwischen der ZPO. und den besondern Prozeßgesetzen durch den Gegenstand des einen und andern Verfahrens nicht erklärt werden können, leuchtet ein; überall soll ziviles Recht geschützt werden, ist also Zivilprozeß da. Die Ergebnisse der jungen Sondergerichtspraxis müssen verarbeitet werden; und wenn sich die Hoffnungen nach schneller, vernünftiger, die Parteien befriedigender Prozedur, mit denen die Kaufmannsgerichte ersehnt und begrüßt worden sind, auch nur zum Teil erfüllen, so wird man annehmen dürfen, daß das ordentliche Verfahren sich in der gleichen Richtung wandeln wird. Aber auch wenn die scharfe Kritik erfahrener Juristen am Kaufmannsgerichtsgesetz sich in allen Stücken als berechtigt herausstellt: der genauesten Kenntnis auf solchen nächsten Nebengebieten des ordentlichen Prozesses wird kein Jurist entraten können. — Auch hier könnte die Vorlesung über den Kreis der Fachstudenten hinaus wirken.

4. Vielleicht überrascht es manchen, daß zuletzt und in unverkennbarer Eigenart noch das internationale Privatrecht genannt wird. An den meisten großen Universitäten wird es gelesen; die Teilnahme der Studenten ist wohl überall gleich groß und lebhaft, die Bedürfnisfrage unbestritten. Aber weshalb vindiziere ich den Stoff für den Zivilprozeß im weitesten Sinn? Ich meine, so sehr es grundsätzlich richtig ist zu lehren: internationales Privatrecht braucht man nicht bloß im Prozeß, zu Handen des rechtsanwendenden Richters,

sondern auch im materiellen Recht, da jedes subjektive Recht von seiner Entstehung an einer bestimmten, durch die Normen des internationalen Privatrechts bestimmten Rechtsordnung untersteht — so richtig das ist: dem Anfänger ist doch am ehesten klar zu machen, was die Kollision der Gesetze, das internationale Privatrecht bedeutet, wenn man ihm den Richter zeigt, der den rechtsuchenden Parteien ihr Recht an einem Gesetz, einer Zivilrechtsnorm messen und mit ihrem Gewicht zwischen ihnen abwägen soll, und der nun zu allererst sich selbst fragen muß, mit welchem in- oder ausländischen Maß und Gewicht er im einzelnen Fall zum gerechten Urteil kommt. Solang diese vornehmste Pflicht des Richters im Prozeß nicht in dem angehenden Juristen schon, gerade sub specie des Prozeßrechts, geweckt und eingeschärft wird, so lange wird das internationale Privatrecht überhaupt auf die ihm gebührende Stellung warten müssen. Und gerade daran, daß der Richter das von ihm anzuwendende Recht nicht frei wählt, sondern als ein längst über den Streitgegenstand herrschendes feststellt und darum anwendet, gerade daran läßt sich jener Grundsatz am leichtesten merken, daß das subjektive Recht von seiner Geburt an, und ehe es Streitgegenstand wird, nur in der Atmosphäre einer beherrschenden Rechtsordnung leben kann.

Mitteilungen aus der Praxis.

Grundbuchamt und Nachlaßgericht. Mit dem 1. Mai 1905 ist bei einer Reihe von Amtsgerichten das Grundbuch als angelegt erklärt worden und damit das materielle Grundbuchrecht und die Grundbuchordnung in Kraft getreten. Angesichts der vielfachen Berührungspunkte, welche die Tätigkeit des Nachlaßrichters mit dem Grundstücksverkehr hat und der bisherigen Uebung, daß der Verlassenschafts- und Nachlaßrichter nach Tunlichkeit zur Bereinigung des Hypothekenbuches mitwirkte, ist die Frage gewiß von Interesse: „Inwieweit ist der Nachlaßrichter nach dem jetzigen Recht befugt, Erklärungen, die den Grundstücksverkehr betreffen, an Stelle des Grundbuchamtes oder Notariats entgegenzunehmen?" Den Ausgangspunkt bilden die §§ 873, 875, 876, 877 BGB und § 29 GBO. Die erstgenannten Bestimmungen regeln unter Hinzunahme der § 1168, 1154 BGB., die auch auf Grund- und Rentenschuld Anwendung finden (§ 1192 BGB.), so ziemlich den ganzen einschlägigen Rechtsverkehr; § 873, 875 den Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken und Rechten an solchen; § 877 die Aenderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück; § 876 die Aufhebung eines Rechtes an einem solchen Recht: §§ 1168, 1154 BGB. behandeln Spezialfälle für Hypotheken, Grundschulden (Verzicht und Uebertragung dieser Rechte). In allen diesen Fällen können die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben werden und, soweit nicht die in § 873 Abs. I BGB. vorbehaltenen Sondervorschriften einschlägig sind, ist eine bestimmte Form der Erklärungen nicht vorgeschrieben; für die Bindung der Beteiligten aber und den Vollzug vor dem Grundbuchamt ist durch § 873 Abs. II BGB., welcher teils wörtlich teils inhaltlich auf die Fälle der §§ 875, 877, 1168 BGB. ausgedehnt ist, teils durch § 29 GBO., welcher eine Einengung des § 1154 BGB. bedeutet, vorgeschrieben, daß diese Erklärungen, wenn sie nicht vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde vorliegen müssen, die anderen Voraussetzungen der Eintragung in öffentlicher Urkunde. Da öffentliche Beglaubigungen nach Art. 167 AG. z. BGB. für das Nachlaßgericht nicht in Frage kommen, hängt die Beantwortung der eingangs gestellten Frage von Beantwortung der Frage ab: Inwieweit kann das Nachlaßgericht an Stelle des Grundbuchamts öffentliche Urkunden aufnehmen? Notariat und Grundbuchamt haben für den dinglichen Grundstücksverkehr die gleiche Zuständigkeit, für das Auseinandersetzungsverfahren trifft das gleiche im Verhältnis zwischen Notariat und Nachlaßgericht zu und so kann das, was hier für das Verhältnis zwischen Nachlaßgericht und Grundbuchamt festgestellt wird, auch für das Verhältnis zwischen Notariat und Nachlaßgericht gelten. Von dem bekannten Begriff der öffentlichen Urkunde kann hier nur in Frage kommen, ob und inwieweit die Erklärungen „innerhalb der Amtsbefugnisse" entgegengenommen werden können. Zur Feststellung dieses Punktes ist eine eingehendere Erörterung der Stellung des Nachlaßgerichts veranlaßt. Das „Nachlaßgericht" ist eine Neuschöpfung des BGB. und seiner Nebengesetze; das frühere Recht kannte einen Verlassenschaftsrichter, aber kein Nachlaßgericht. Dem Nachlaßgericht sind im 5. Buch des BGB. und im FGG. eine Reihe von Geschäftsaufgaben zugewiesen, die ihm allein zukommen und bezüglich deren wie z. B. bei Entgegennahme der Erbschaftsausschlagung, Testamentsanfechtung, sogar ausdrücklich die Gültigkeit der Erklärung von der Abgabe vor dem Nachlaßgericht abhängig gemacht ist. Hiernach kann nur angenommen werden, daß dem Nachlaßgericht eine selbständige Kompetenz zugewiesen werden wollte, welche das Nachlaßgericht scharf von anderen Gerichten oder Behörden scheidet (Vgl. BlfRA. Bd. 70 S. 579 ff.). Der Umstand, daß § 72 des FGG. den Amtsgerichten die Verrichtungen des Nachlaßgerichts übertragen hat, welche nach § 1 GBO., Art. 1 AG. z. GBO. auch die Verrichtungen des Grundbuchamtes ausüben, ist belanglos; rechtlich sind „Amtsgericht" und „Nachlaßgericht" verschiedene Begriffe, wie denn auch nach Art. 167 I und XVI AG. z. BGB. der Gerichtsschreiber des Amtsgerichts und damit dieses selbst, bedingungsweise zur Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses zuständig, das Amtsgericht als Nachlaßgericht hierfür unzuständig ist.

Die Geschäftsaufgabe des Nachlaßgerichts nun läßt sich in vier Gruppen teilen; die erste begreift in sich die Sicherung eines fürsorgebedürftigen Nachlasses, die zweite das Verfahren auf Feststellung des Erben, die dritte das Verfahren zur Ordnung des Verhältnisses zwischen Erben und Nachlaßgläubigern, die vierte das Verfahren zur Regelung des Verhältnisses der Erben an dem Nachlaß, das Auseinandersetzungsverfahren. Abgesehen von den außerhalb des eigentlichen Wirkungskreises gelegenen Anträgen nach §§ 67, 68—69, 74 der NO. vom 20. März 1903 ist damit die Tätigkeit des Nachlaßgerichts erschöpft.

Für die Entgegennahme von Erklärungen des Grundstücksverkehrs kommen nur Nachlaßpflegschaft, Nachlaßverwaltung und Auseinandersetzungsverfahren in Betracht. Bei der Nachlaßpflegschaft und der eine Unterart von ihr bildenden Nachlaßverwaltung (vgl. § 1975 BGB.) nimmt das Nachlaßgericht dem Pfleger oder Verwalter gegenüber im wesentlichen die gleiche Stellung ein, wie das Vormundschaftsgericht dem Vormund oder Pfleger gegenüber, d. h. die einer Aufsichtsbehörde, ist sonach zur Beurkundung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen des Grundstücksverkehrs nicht befugt; das Auseinandersetzungsverfahren jedoch ist zur Entgegennahme auch solcher Erklärungen bestimmt, das Nachlaßgericht in diesem Verfahren daher Urkundsbehörde. Soweit nicht zwingende Formvorschriften entgegenstehen, ist das Nachlaßgericht innerhalb der ihm durch das Auseinandersetzungsverfahren gezogenen Schranken unbeschränkt zur Entgegennahme von Erklärungen befugt, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Grundstücksverkehr die obligatorische oder dingliche Seite des Rechtsverhältnisses oder beide betreffen. Solche zwingenden Rechtsvorschriften bestehen für die Auflassung und die Bestellung von Erbbaurechten in §§ 925, 1015 BGB., welche nur vor dem Grundbuchamt oder Notariat erklärt werden können und für deren Entgegennahme sohin das Nachlaßgericht unzuständig ist; nicht aber bestehen solche zwingenden Vorschriften bezüglich der übrigen in §§ 873, 875, 876, 877, 1168, 1154 BGB. aufgeführten Erklärungen, welche, wie z. B. die Erklärungen nach §§ 875, 876, 877, 1168 dem Dritten gegenüber, teils wie die Erklärung zu § 1154 BGB. in schriftlicher Form, teils, wie die übrigen Erklärungen, formlos abgegeben werden können und deren Entgegennahme durch das Nachlaßgericht vom Gesichtspunkt der Einhaltung einer bestimmten Form nichts entgegensteht. Daraus aber, daß das Nachlaßgericht alle diese Erklärungen nur im Auseinandersetzungsverfahren entgegennehmen kann, ergibt sich für das Nachlaßgericht eine Beschränkung seiner Zuständigkeit. Diese geht nicht weiter als die Zuständigkeit im Auseinandersetzungsverfahren überhaupt. Das Auseinandersetzungsverfahren bezweckt die Regelung des Rechtsverhältnisses der Erben unter sich an dem Nachlaß und reicht — vgl. Schneider FGG. § 93 Anm. 4 — nicht weiter als bis zum Entwurf und der Bestätigung des Verteilungsplanes. Die Ordnung der Rechtsverhältnisse zwischen den Erben, denen die in § 86 FGG. aufgeführten Personen gleichstehen, und nicht als Erben in diesem Sinne Beteiligten fällt nicht hierunter, so daß z. B. die Befriedigung, Abfindung, Sicherstellung usw. der Nachlaßgläubiger im Auseinandersetzungsverfahren nicht möglich ist: dies ist Sache der Erben oder, wenn eine Mitwirkung des Nachlaßgerichts gewünscht wird, Sache der Nachlaßverwaltung. Auch die Einbeziehung von nicht zum Vermögen des Erblassers gehörigen Gegenständen in das Auseinandersetzungsverfahren ist unzulässig. Endlich scheiden alle Erklärungen aus, welche den Vollzug des Verteilungsplanes zum Gegenstande haben. In allen diesen Richtungen kann das Nachlaßgericht als Auseinandersetzungsbehörde Erklärungen der Beteiligten nicht beurkunden, daher auch auf Grund dieser Befugnis nicht Erklärungen mit Wirkung für das Grundbuchamt entgegennehmen, welche den Grundstücksverkehr betreffen. Sind solche, wie z. B. im Fall des § 37 GBO. an eine bestimmte Form nicht gebunden, so ergibt sich aus dem Mangel einer Formvorschrift für das Nachlaßgericht die Befugnis einer solchen Beurkundung; ist dies aber nicht der Fall, so greift die aus den §§ 873, 875, 876, 877, 1168 BGB. deutlich erkennbare Regel Platz, daß für das Grundbuchamt bestimmte Erklärungen in erster Linie vor diesem und nur beim Vorhandensein besonderer Rechtsnormen auch vor anderen Behörden abgegeben werden können, für welch letztere jedoch demgemäß die Zuständigkeit von Fall zu Fall nachzuweisen ist. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Löschungserklärungen zu gedenken. Mag der Anspruch unter dem neuen oder dem alten Recht erloschen sein, immer stehen bei der Löschung die Erben in ihrer Gesamtheit einem Dritten, als welcher zunächst der Grundstückseigentümer, dann aber auch die Nichtvorrechtsgläubiger in Betracht kommen — vgl. Fischer-Henle § 875 Anm. 8 — gegenüber. Das Interesse und die Verpflichtung der Erben ist erschöpft, wenn sie den Eigentümer, wozu eine gemeinsame Erklärung ihrerseits erforderlich und ausreichend ist, in die Lage versetzt haben, die Löschung zu beantragen oder die ihm sonst zustehenden Rechte (Rangeinräumung, Eigentümergrundschuld) geltend zu machen. Dies gilt sogar für den Fall, daß der Grundeigentümer Miterbe war; mit seinem gegenseitigen Verhältnis zu den Miterben hat die Löschung nichts zu tun; für die Löschung der dinglichen Last kommt der Miterbe nur als Grundeigentümer und als weitere Beteiligten die Gleich- und Nachranggläubiger in Betracht (vgl. Fischer-Henle § 875 Anm. 8). Demgemäß hat auch die Praxis (BlfRA. Bd. 70 S. 579 ff.) die Unzuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Entgegennahme von Löschungen ausgesprochen und ist dies der in § 74 Abs. I einerseits und § 74 Abs. II, 67, 68 andrerseits deutlich erkennbare Standpunkt der Nachlaßordnung vom 20. März 1903. Da sich die Unzuständigkeit des Nachlaßgerichts, vom Auseinandersetzungsverfahren abgesehen, zur Entgegennahme von Löschungen aus der oben näher bezeichneten Geschäftsaufgabe des Nachlaßgerichts ergibt, gelten die Ergebnisse dieser Entscheidung schlechtweg für die ganze Tätigkeit des Nachlaßgerichts. Bezüglich der beim Tode des Erblassers aus irgend einem Grund erloschenen Ansprüche kommt übrigens noch in Betracht, daß hier das Auseinandersetzungsverfahren überhaupt nicht paßt; denn Feststellung einer Teilungsmasse, Entgegennahme von Teilungsvorschlägen, Entwurf und Bestätigung eines Verteilungsplanes, wie es Geschäftsaufgabe des Nachlaßgerichts im Auseinandersetzungsverfahren ist, setzen Vermögen beim Tode des Erblassers (Nachlaß) voraus.

Vergleicht man die nunmehrige Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes zur Entgegennahme von Erklärungen an Stelle des Grundbuchamts mit der früheren, so ergibt sich zunächst aus § 873 Abs. I BGB. und dem Mangel einer besonderen Formvorschrift bzw. dem Umstand, daß in § 1154 BGB. nur Schriftform, d. h. also lediglich eigenhändige Unterzeichnung, für die dortigen Erklärungen verlangt ist, daß das Nachlaßgericht Teilung von Rechten an Grundstücken vornehmen kann, was angesichts des Art. 14 des NotG. vom 10. November 1861 nicht möglich war, daß sohin in dieser Richtung die Zuständigkeit erweitert ist, daß

aber durch die strikte Zuweisung aller den dinglichen Grundstücksverkehr betreffenden Beurkundungen an das Grundbuchamt, dem das Notariat gleichsteht, und die nur ausnahmsweise Zulassung anderer Behörden die Mitwirkung des Nachlaßgerichts bei Vereinigung des Grundbuchs gegen früher wesentlich geringer ist und sein muß. Der Nachlaßrichter wird in einer Reihe von Fällen nichts anderes tun können, als die Erben belehren und an die zuständige Behörde weisen; seine eigene Tätigkeit wird sich im wesentlichen in Entgegennahme der auch gegenüber dem Grundbuchamt nach § 30 GBO. formlos möglichen Erklärungen (§§ 67, 68, 74 Abs. II Nachl.O., § 37 GBO.) und Teilung von Rechten an Grundstücken erschöpfen. In manchen Fällen wird es möglich sein, die hieraus erwachsenden Unbequemlichkeiten durch vermehrte Inanspruchnahme der Notariate als Auseinandersetzungsbehörde auszugleichen, in vielen Fällen, insbesondere wenn das Auseinandersetzungsverfahren nach der Natur des Rechts nicht verwendbar ist oder die Beteiligten eine gerichtliche Auseinandersetzung nicht wünschen, sondern sich auf die Vereinigung des Grundbuchs beschränken wollen, werden sich Belästigungen für die Beteiligten kaum vermeiden lassen. Im Interesse der Beteiligten und nicht minder der Gerichte selbst ist es dringend wünschenswert, daß hier Abhilfe geschaffen werde und es liegt nahe, an den bisherigen bewährten Rechtszustand anzuknüpfen und eine Form zu suchen, wonach die Parteien auch ihre Erklärungen für das Grundbuchamt vor dem Nachlaßrichter abgeben können. Diese Art der Regelung verbürgt die Einheitlichkeit der Geschäftsbehandlung, was insbesondere für die Fälle von Bedeutung ist, bei welchen ein zur Grundbuchberichtigung notwendiger Erbschein nicht sofort ausgestellt werden kann, entbindet den Grundbuchrichter, der anderenfalls im Interesse der Parteien die betreffenden Erklärungen sofort im Anschluß an den Termin vor dem Nachlaßrichter entgegennehmen muß, von der diesfalls oft unvermeidlichen selbständigen Prüfung der angesichts unserer früheren Erbverträge oft nicht ganz einfachen und zweifellosen Erbeneigenschaft der vor ihm Erschienenen, beseitigt damit die Möglichkeit einer Meinungsverschiedenheit zwischen Nachlaß- und Grundbuchrichter in einem Fall, in welchem ersterem doch das entscheidende Wort zukommt, erspart den Parteien Unbequemlichkeiten, indem es unter allen Umständen ihnen ermöglicht wird, vor demselben Richter alle Erklärungen in dem gleichen Termin abzugeben und gibt endlich auch dem Richter die formelle Handhabe, die an sich mit seiner Tätigkeit nicht zusammenhängenden Erklärungen zur Vereinigung des Grundbuchs in den Nachlaßakten zu verlautbaren, wodurch die Anwendbarkeit des § 528 DA. f. GrBA. ermöglicht und gesichert wird. Dieser Erfolg ist jedoch nur im Weg der Geschäftsverteilung zu erreichen und in der Form, daß die zur Vereinigung des Grundbuchs in Nachlaßsachen sich ergebenden Verrichtungen des Grundbuchamts, soweit in Entgegennahme von Erklärungen bestehend, dem Nachlaßrichter zugewiesen werden. Ohne eine Teilung der Geschäfte des Grundbuchamts ist dieser Erfolg nicht möglich; denn um Wahrnehmung von Geschäften des Grundbuchamts handelt es sich tatsächlich, mit der Tätigkeit des Richters als Nachlaßrichter hat die Entgegennahme solcher Erklärungen nur in den wenigsten Fällen etwas zu tun. Die Teilung gleichartiger Geschäfte unter mehrere Richter, welche nach den von höchster Stelle bekannt gegebenen Richtpunkten nur im Falle sonstiger Geschäftsüberbürdung erfolgen soll, dürfte sich hier mit Rücksicht auf ihre großen Vorzüge rechtfertigen und soll daher allen Vorständen dringend empfohlen werden.

Oberamtsrichter de l'Espine in Hemau.

Anm. des Herausgebers. Wir können einige Bedenken gegen den Vorschlag des Herrn Verfassers nicht unterdrücken. Eine Spaltung der Geschäfte des Grundbuchamts in der Weise, daß ein Richter Grundbuchrichter nur für einen Teil der Geschäftsaufgabe ist — nämlich für Entgegennahme und Beurkundung bestimmter einzelner Erklärungen — entspricht wohl nicht dem Geiste des Gesetzes. Eine Geschäftsverteilung, wie sie vorgeschlagen wird, würde ferner zu einer Frage Stellung nehmen, die wissenschaftlich noch nicht völlig geklärt ist, ob nämlich der Richter auch außerhalb der Amtsräume des Grundbuchamts wirksame Erklärungen entgegennehmen kann. Sie setzt die Bejahung dieser Frage voraus. Unzuträglichkeiten könnten sich ferner daraus ergeben, daß zwei Richter unabhängig von einander Eingänge für das Grundbuchamt entgegennehmen. Die Dienstanweisung geht davon aus, daß dies vermieden werden soll (vgl. §§ 4, 34 ff.).

Schutzfolium und Grundbuch. Auf Seite 38 dieser Zeitschrift (Jahrg. 1906) ist die Frage nach der Bedeutung der Schutzfolien alten Rechtes für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts aufgeworfen. Dortselbst wird eine Uebergangsvorschrift vermißt. Einer solchen bedürfte es aber nur dann, wenn man die Ansicht des Bayr. ObLG. (Bd. V n. F. S. 430), daß alle unter altem Hypothekenrecht mit Zustimmung des Eigentümers auf einem Blatte vorgetragenen Grundstücke rechtlich als ein einheitliches Grundstück zu erachten sind, für unrichtig hält (vgl. Dennler in BlfRA. Bd. 70 S. 225). Denn im entgegengesetzten Fall ist die in obigem Aufsatz erörterte Frage dahin zu beantworten, daß dasjenige Grundstück, für welches ein Schutzfolium alten Rechtes besteht, dem alten Recht solange unterworfen bleibt, als für das Hauptgrundstück noch nicht Grundbuchrecht gilt, und daß umgekehrt das Grundstück mit Schutzfolium dem neuen Rechte unterliegt, auch wenn im Bezirke noch nicht das Grundbuch für angelegt erklärt ist, wenn dies aber für den Bezirk des Hauptgrundstücks bereits geschehen ist (vgl. Steiner ZVG. Note 1 zu § 1 EG.). Daß der Fall des Bestehens eines Schutzfoliums (§§ 121, 123 HypGes.) identisch ist mit demjenigen der Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken zu einer rechtlichen Einheit (§ 890 BGB., § 5 GBO.), ergibt sich aus dem Umstande, daß § 121 HypGes. das Grundstück des Schutzfoliums ein „Pertinenzstück" des Hauptgrundstücks nennt. Die „Pertinenzerklärung" seitens des Grundstückseigentümers ist aber jedenfalls eine Willenserklärung, wie sie § 890 BGB. voraussetzt (und von Dennler auch für die Uebergangszeit gefordert wird). Aber auch die Motive zum AG. z. GBO. beweisen, daß man beide Fälle für identisch erachtet hat, als die Frage zu entscheiden war, ob für das neue Recht die Anlegung von Sperrfolien angeordnet werden solle oder nicht (Becher Mat. VI S. 12 u. 111). Anders liegt die Sache natürlich, wenn das einzelne Grundstück seine rechtliche Selbständigkeit und damit sein eigenes Blatt behalten hat (ObLG. n. F. Bd. VI

S. 339). Daß für die Frage, welchem formalen Recht ein Grundstück unterliegt, nicht der Ort der Beurkundung (oder gar, wie auch schon einmal vermutet wurde, der Sitz des beurkundenden Notars) maßgebend ist, bedarf keiner Ausführung (Art. 186 EG. z. BGB.).

Amtsrichter Steiner in Wolfratshausen.

Vollmacht und Zustellung in Strafsachen, Berufungseinlegung vor Urteilszustellung. Am 1. November 1905 verurteilte das Schöffengericht W. den A., welcher gemäß § 232 StPO. durch Gerichtsbeschluß von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden und in dieser weder erschienen noch gemäß § 233 vertreten war, wegen Betrugs zu 3 Tagen Gefängnis. Am 3. November stellte der Bureauvorsteher J. aus B. unter Vorlegung einer ihm von A. erteilten Vollmacht an das Amtsgericht W. das briefliche Ersuchen, es wolle ihm das gegen A. ergangene Urteil zugestellt werden, da A. im Auslande sei. Die Vollmacht lautete. „Vollmacht. Hiedurch erteile ich dem Bureauvorsteher J. in B. Vollmacht, mich in der Strafsache wegen Betrugs zu vertreten, Anträge zu stellen und zurückzunehmen, sowie Schriftstücke in Empfang zu nehmen. B., den 21. Okt. 1905. A. (Unterschrift)." Auf Anordnung des Amtsgerichts wurde dem J. am 13. November eine Ausfertigung des gegen A. ergangenen Urteils zugestellt. Am 20. November legte A. persönlich mittels eines von ihm geschriebenen und unterzeichneten Schriftstücks beim Amtsgericht W. Berufung gegen das Urteil vom 1. November ein und begründete diese zugleich unter verschiedenen Angriffen auf die tatsächlichen Feststellungen und Rechtsausführungen der Urteilsgründe. Das Amtsgericht sah mit Rücksicht auf die bereits an J. als bevollmächtigten Vertreter des A. erfolgte Urteilszustellung von der Anordnung einer weiteren Urteilszustellung an A. gemäß § 357 Abs. 2 StPO. ab und veranlaßte die Vorlegung der Akten an die Berufungsinstanz durch den Amtsanwalt. Vor der Berufungsverhandlung beantragte der Staatsanwalt beim Landgericht W., die Strafkammer wolle den Bureauvorsteher J. als Verteidiger des A. nicht zulassen; zugleich äußerte er Bedenken, ob die Zustellung an J. wirksam sei, da die Zustellung des in Abwesenheit des A. verkündeten Urteils gemäß § 355 Abs. 2 StPO. an den Angeklagten persönlich hätte erfolgen müssen und es einen Verzicht auf die persönliche Zustellung nicht gebe. Im übrigen erachtete der Staatsanwalt die Berufungseinlegung des A. an sich als zulässig, wenn auch die Einlegungsfrist für A. überhaupt noch nicht in Lauf gesetzt sei. Die Strafkammer beschloß, den J. als Verteidiger des A. nicht zuzulassen und sah im übrigen von der Anordnung einer nachträglichen Zustellung des Urteils an A. persönlich ab. Hiefür waren folgende Erwägungen maßgebend:

1. Die Zustellung des Urteils an J. als Bevollmächtigten des A. war unwirksam; sie wäre auch unwirksam gewesen, wenn J. durch Gerichtsbeschluß als Verteidiger des A. zugelassen gewesen wäre. Nach § 35 Abs. II StPO. erfolgt die Bekanntmachung von Entscheidungen, welche nicht in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, durch Zustellung. Die Frage, inwieweit eine Bekanntmachung erforderlich ist und welche Person als „von einer Entscheidung betroffen" anzusehen ist, ist in jedem einzelnen Falle nach den allgemeinen Grundsätzen der StPO. zu beantworten (Löwe StPO. § 35 Anm. 2). War der Angeklagte bei der Verkündung des Urteils nicht anwesend, so muß es ihm mit den Gründen durch Zustellung bekannt gemacht werden (Löwe § 232 Anm. 14, § 267 Anm. 7, Entsch. d. RG. Bd. 34, 331). Entscheidungen, welche einer Bekanntmachung an den Beschuldigten bedürfen (sei es durch Verkündung, sei es durch Zustellung), müssen regelmäßig diesem selbst bekannt gemacht werden, selbst wenn er nach § 233 StPO. vertreten war. Die Bekanntmachung an den Verteidiger ist unwirksam. Zustellungen können jedoch wirksam an den Verteidiger erfolgen, wenn der Beschuldigte diesem zu deren Empfangnahme Vollmacht erteilt oder die Zustellung an den Verteidiger ausdrücklich beantragt hat (Löwe Anm. 8 d z. 11. Abschn. I. Buch, Rspr. d. RG. Bd. X, 484, GoltdArch. 36, 246).[1] Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der Zustellung des Urteils, welche zum Zwecke der Bekanntmachung an den bei der Verkündung nicht anwesenden Beschuldigten erforderlich ist. Eine solche kann — im Gegensatz zu der in §§ 357 Abs. 2 und 383 Abs. 2 StPO. vorgeschriebenen — wirksam nur an den Beschuldigten persönlich, nicht an den Verteidiger als Vertreter des Beschuldigten erfolgen, auch wenn der Vertreter zur Empfangnahme von Zustellungen bevollmächtigt ist. Jede Erklärung des Beschuldigten, daß er den Verteidiger zur Empfangnahme der Urteilsausfertigung ermächtige, ist ohne rechtliche Wirkung. Einen Verzicht des Angeklagten auf die rechtsförmliche Bekanntmachung des Urteils kennt das Gesetz nicht. Ein Verzicht auf die Zustellung würde den Beginn der Berufungsfrist niemals begründen können. Die StPO. kennt auch — abgesehen von § 119 — keinen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne der ZPO.: die §§ 173—175 ZPO. finden im Strafverfahren keine Anwendung, ebensowenig die §§ 176—179 ZPO. Insbesondere ist eine analoge Anwendung des § 176 (Vorschrift der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten) auf den Beschuldigten und den Verteidiger ausgeschlossen (Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 390, 6, S. 93, Löwe § 355 Anm. 7, ferner die cit. Anm. 8 d z. 11. Abschn. I. Bd., § 37 Anm. 11 und 12, Rspr. d. RG. IX, 42; X, 484, GoltdArch. a. a. O.). Im Strafprozesse gewährt eben die Vollmacht dem Bevollmächtigten nicht die gleichen Rechte und die gleiche Stellung wie im Zivilprozesse. Bei der geschilderten Rechtslage ist die an J. erfolgte Urteilszustellung unwirksam. Durch sie ist daher weder die Frist zur Einlegung noch die zur Begründung der Berufung (§ 355 Abs. 2, 358) für A. eröffnet worden.

2. Die von A. vor der ordnungsmäßigen Urteilszustellung eingelegte Berufung ist zulässig und wirksam. Die Wirksamkeit der von A. nach Erlassung des schöffengerichtlichen Urteils betätigten Berufungseinlegung ist nicht dadurch beeinträchtigt worden, daß die Entscheidung dem A. zur Zeit der Einlegung noch nicht durch ordnungsgemäße Zustellung bekannt gemacht worden war. Denn im Strafverfahren setzt die Wirksamkeit eines Rechtsmittels nur die Verkündung, nicht auch die in bestimmten Fällen vorgeschriebene besondere Bekannt-

[1] Vgl. auch das in dieser Zeitschrift 1905 S. 393 abgedruckte Erkenntnis des Obersten Landesgerichts.

machung voraus (RG. in JW. 1900 S. 492 Nr. 3, Löwe Anm. 2 z. 1. Abschn. III. Buch). Eine Bestimmung wie die des § 516 ZPO., wonach die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils wirkungslos ist, kennt die StPO. nicht.

3. Die Vorschrift des § 357 Abs. 2 StPO. ist an sich zwingend und unverzichtbar. Nach § 357 Abs. 2 hätte dem A., da ihm das Urteil mit den Gründen noch nicht ordnungsmäßig zugestellt war, dieses nach Einlegung der Berufung sofort zugestellt werden müssen. Die Zustellung ist vorgeschrieben, weil zur Rechtfertigung des Rechtsmittels die Einsicht der Urteilsgründe erforderlich sein kann. Die Zustellung des Urteils darf nicht ohne weiteres deshalb unterbleiben, weil der Beschwerdeführer mit der Einlegung der Berufung die Rechtfertigung schon verbunden hatte. Auch ein ausdrücklicher Verzicht des Beschwerdeführers auf die Zustellung ist wirkungslos, da es ohne letztere an einem Zeitpunkt für den Beginn der Frist aus § 358 StPO. — welcher daselbst ausdrücklich an die Zustellung gebunden ist — fehlen würde und es sich dabei nicht bloß um eine zu Gunsten der Beteiligten, sondern um eine im Interesse der Rechtsordnung getroffene Maßregel handelt, welche die sachentsprechende, auf volle Kenntnis des Urteils gegründete Durchführung des eingelegten Rechtsmittels sichern soll. (Rspr. des RG. Bd. I S. 118, Löwe 357 Anm. 6 und 7). Die nach § 357 Abs. II erforderliche Zustellung kann — im Gegensatz zu der Zustellung nach § 355/II — nicht nur an den Beschuldigten persönlich, sondern auch an einen Verteidiger erfolgen, wenn dieser vom Beschuldigten zur Empfangnahme von Zustellungen bevollmächtigt ist oder wenn die Zustellung an ihn ausdrücklich beantragt ist (Löwe § 357 A. 8, § 383 Note 3a). — Die nach § 357 Abs. II erforderliche Zustellung des Urteils ist nun hier weder an A. noch an J. erfolgt, da das AG. die erste nach § 35/II StPO. erfolgte Urteilszustellung an den von A. bevollmächtigten J. für wirksam und daher eine weitere Urteilszustellung gemäß § 357/II als entbehrlich angesehen hat. Eine Zustellung des Urteils an den — nicht als Verteidiger zugelassenen (§ 138 Abs. II) — „Bevollmächtigten“ J. wäre übrigens auch hier unwirksam gewesen.

4. Trotz einer — entgegen der Vorschrift des § 357/II — unterbliebenen Urteilszustellung ist die Berufungsinstanz nicht gehindert, über die Berufung sofort sachlich zu entscheiden, wenn der Beschwerdeführer Kenntnis vom ordnungswidrig zugestellten Urteile nebst Gründen erhalten und bei der Berufungsrechtfertigung auf die Urteilsgründe Bezug genommen hat. Zweifellos ist die Strafkammer regelmäßig verpflichtet, vor der sachlichen Entscheidung über die Berufung die nachträgliche Zustellung des Urteils an den Beschwerdeführer und die nochmalige Instruierung des Rechtsmittels anzuordnen. Allein der Strafkammer fehlte im vorwürfigem Falle ein Beweggrund, zunächst die ordnungsmäßige Zustellung des Urteils nachzuholen, da aus der Berufungsbegründung des A. hervorgeht, daß er die Gründe des Urteils gekannt, gewürdigt und kritisch verwertet hat, und da es sohin ohne weiteres als ausgeschlossen gelten darf, daß A. nach der Zustellung des Urteils etwas Neues zur Begründung der Berufung vorbringen würde. Das dem § 357 Abs. II zu Grunde liegende gesetzgeberische Motiv trifft daher hier nicht mehr zu. Eine nochmalige Zustellung des Urteils würde nur zu einer unnützen und zwecklosen Verschleppung des Verfahrens führen, die weder im Interesse des A. noch in dem der öffentlichen Rechtsordnung liegt. Das RG. hat ausdrücklich unter der hier zutreffenden Voraussetzung die Unterlassung einer nachträglichen Urteilszustellung für unbedenklich erklärt (JW. 1900 S. 492 Nr. 3).

5. In der „Bevollmächtigung“ des J. seitens des A. ist die Wahl zum Verteidiger enthalten. Der Beschuldigte darf sich bei Ausübung seiner prozessualen Befugnisse außerhalb der Hauptverhandlung und der sonstigen richterlichen Termine nicht durch andere Personen als den Verteidiger auf Grund einer Vollmacht beliebig vertreten lassen, da die StPO. solche Bevollmächtigte nirgends erwähnt und da die Abgabe von mündlichen oder schriftlichen Erklärungen für den Beschuldigten (wie z. B. die Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels) sich sachlich als ein Akt der Verteidigung darstellt. Solche Erklärungen eines Bevollmächtigten sind daher nur wirksam, wenn entweder der Bevollmächtigte zu den in § 138 Abs. 1 StPO. bezeichneten Personen gehört — also ohne weiteres als Verteidiger auftreten darf — oder wenn er gemäß § 138 Abs. 2 zu seinem Auftreten die Genehmigung des Gerichts, wenn auch nur für den einzelnen Akt erlangt hat (Löwe Anm. 6a zum 11. Abschn I. Buch., E. d. RG. Bd. 9 S. 78). Die in der Bevollmächtigung liegende Wahl des Bevollmächtigten zum Verteidiger ist also von der Genehmigung des Gerichts abhängig.

6. Das Gericht hat auch ohne ausdrücklichen Antrag über die Erteilung der Genehmigung zu beschließen. Nach § 138 Abs. 2 ist niemand schlechthin unfähig, als Wahlverteidiger zu fungieren, insbesondere findet ein Unterschied zwischen Inländern und Ausländern, Männern und Frauen nicht statt. Da in der Bevollmächtigung die Wahl zum Verteidiger enthalten ist, muß das Gericht auch ohne ausdrücklichen Antrag Beschluß über die Erteilung der Genehmigung fassen; bei Prüfung der nach freiem Ermessen zu beurteilenden Gründe für die Erteilung oder Versagung der Genehmigung hat das Gericht mit Rücksicht auf die weitgehenden, von der StPO. dem Verteidiger eingeräumten Befugnisse, hauptsächlich die Vertrauenswürdigkeit der in Frage stehenden Person zu berücksichtigen. In keinem Falle bedarf es der Angabe von Gründen, auf welchen die Entscheidung beruht. Es ist auch statthaft, die Genehmigung in eingeschränkter Weise d. h. in der Art zu erteilen, daß die betreffende Person nur für einen einzelnen Abschnitt des Prozesses oder für einen einzelnen Prozeßakt zugelassen wird (Löwe § 138 A. 7 E. d. RG. 9 S. 78). Das Gericht erachtete hier keinen Grund für die Zulassung des J. als Verteidiger des A. gegeben. (J. hätte sonst nach § 217 StPO. zur Berufungsverhandlung geladen werden müssen.)

Landgerichtsrat Schimpf in Würzburg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zur Auslegung des Art. 206 EG. z. BGB.[1]) Für das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem ehelichen Kinde sind seit dem Inkrafttreten des BGB. dessen Vorschriften zufolge Art. 203 EG. maßgebend, für Kinder aus geschiedenen Ehen ist jedoch in Art. 206 eine Sonderbestimmung getroffen. Diese betrifft nicht die Vertretung des Kindes, die sich ungeachtet der Scheidung nach dem BGB. regelt, sondern die Fürsorge und lautet, es „bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen". Streitig ist, ob hierdurch eine Ausnahme von Art. 203 allgemein oder nur für die Zeit, daß beide Eltern leben, getroffen ist. Das Landgericht und das Berufungsgericht nehmen an, daß die Ausnahme nur gelte, solange beide Eltern leben. Für diese Ansicht spricht, daß bei ihrer Zugrundelegung Art. 206 eine Vorschrift enthält, die am besten mit den Bestimmungen des BGB. über das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem ehelichen Kinde im Einklang steht und dem Grundsatz entspricht, daß Ausnahmen nur zu machen sind, soweit es das Bedürfnis fordert.

Die Bestimmung des BGB., daß nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt auf die Mutter übergeht, enthält gegenüber dem bisherigen Recht eine Neuerung. Der Entwurf und das BGB. gehen davon aus, daß an sich beide Eltern gleichberechtigt seien und daß, wenn der eine gestorben sei, das Recht des andern keiner Beschränkung mehr unterliege (Mot. Bd. IV S. 627 zu § 1456 d. Entw.). Daher bedurfte es besonderer Bestimmungen über das Verhältnis der Rechte der Eltern und diese sind dahin getroffen, daß der Regel nach die Vertretung dem Vater zusteht, solange er lebt, bei der Fürsorge aber während der Ehe die Meinung des Vaters vorgeht, bei Scheidung auf die Schuldfrage Gewicht gelegt wird und die für den Fall der Scheidung aus Schuld beider Gatten gegebenen Vorschriften auch gelten, wenn eine Ehe durch Wiederverheiratung eines Gatten nach der Todeserklärung des andern aufgelöst wird, letzterer jedoch noch lebt (§§ 1634, 1635, 1637 BGB.). Bei Einführung des BGB. trug man kein Bedenken, diese Vorschriften auf das Verhältnis zwischen den Eltern und den schon geborenen ehelichen Kindern für anwendbar zu erklären, für die Kinder aus geschiedenen Ehen wurde jedoch die Sonderbestimmung des Art. 206 EG. getroffen. Eine solche fand sich im Entwurf des EG. (Art. 124) und lautete „so sind für die Beurteilung, welchem Elternteile die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zusteht, die bisherigen Gesetze maßgebend; die Vorschriften des § 1456 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1457 BGB. finden jedoch Anwendung". Begründet wurde das damit, daß hinsichtlich der Fürsorge für die Kinder aus den vor Inkrafttreten des BGB. geschiedenen Ehen § 1456 des Entw. (§ 1635 BGB.) nicht für maßgebend erklärt werden könne, weil ein Wechsel in der Person des zur Erziehung berechtigten Elternteils nicht angemessen sei und die Anwendung des § 1456 oft nicht möglich sein werde, da Scheidungsurteile nach bisherigem Recht nicht stets einen Schuldausspruch enthielten. Von der 2. Kommission wurde Art. 124 des Entw. gebilligt. Eine Debatte fand nicht statt (Prot. Bd. VI S. 548 u. 599). Später wurde der Wortlaut des Art. 124 geändert und dem Art. 206 EG. die oben mitgeteilte Fassung gegeben.

Man könnte zu der Annahme geneigt sein, daß Art. 206 die Bestimmung im § 1635 Abs. 1 S. 1 BGB. nur für den Fall, daß beide Gatten noch leben, ersetzen solle. Es kann ihr jedoch nicht zugestimmt werden. Es ist keineswegs zweifelfrei, ob wirklich die Absicht bestanden hat, durch die Ausnahme von dem Grundsatz in Art. 203 EG. z. BGB. einen Ersatz für die Bestimmung in § 1635 Abs. 1 S. 1 BGB. mit der Beschränkung auf den in dieser bezeichneten Fall zu treffen. Die Möglichkeit muß zugegeben werden; dagegen fehlt jeder Anhalt dafür, daß jene Absicht auch noch gehegt wurde, als die jetzige Fassung des Art. 206 EG. gewählt wurde. Es kommt indes hierauf nicht an, denn Erwägungen, die bei den Vorarbeiten leitend gewesen sind, dürfen nicht maßgebend sein, wenn sie im Gesetze keinen Ausdruck gefunden haben. Nach dem Wortlaut des Art. 124 des Entwurfs war die Auslegung durch die Vorinstanzen vielleicht möglich; gegenüber dem Wortlaut des Art. 206 EG., der auf einer Textänderung beruht, ist sie nicht statthaft; denn von einer Beschränkung enthält das Gesetz nichts. Es wird allerdings am Schluß gesagt: „Die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und des § 1636 BGB. finden jedoch Anwendung", es werden mithin Vorschriften für anwendbar erklärt, die im Zusammenhang mit § 1635 Abs. 1 S. 1 BGB. allerdings nur für den Fall bestimmt sind, daß beide Eltern leben. Allein hieraus darf nicht gefolgert werden, daß auch Art. 206 EG. nur für jenen Fall gelte; denn wenn Art. 206 die Tragweite hat, daß er das Erziehungsrecht geschiedener Gatten dauernd regelt, so passen die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, § 1636 BGB. auch auf den Fall, daß nur einer der Eltern lebt; sie mußten mithin, wenn nicht das Gesetz eine Lücke haben sollte, unter allen Umständen getroffen werden und aus ihrer Aufnahme ist nichts zu schließen. Im übrigen steht der Wortlaut des Art. 206 der Auslegung der Vorinstanzen entgegen. Hätte man sie gewollt, so wäre es geboten gewesen, eine Fassung zu wählen, die mit § 1635 BGB. im Einklang gestanden hätte (vgl. Zitelmann im „Recht" 1905 S. 152). Gewählt ist dagegen eine Fassung, die dem Art. 203 EG. entspricht. Dieser aber gilt auch, wenn zwar bei Inkrafttreten des BGB. beide Eltern lebten, später jedoch einer von ihnen stirbt und auch, wenn zu jenem Zeitpunkt nur noch einer der Eltern lebte. Und da Art. 206 die gleiche Fassung hat, so folgt daraus, daß seine Bestimmung gelten muß: 1. wenn beide Eltern bei Inkrafttreten des BGB. lebten, für jedes bis zu dessen Tod, 2. wenn damals nur einer lebte, für diesen. Statt dessen würde, wenn den Vorinstanzen zu folgen wäre, Art. 206 zwar gelten, wenn beide früheren Gatten bei Inkrafttreten des BGB. lebten, dagegen nicht mehr, sobald einer von ihnen stirbt und er würde, anders als Art. 203, gar nicht zur Anwendung gelangen, wenn zu jenem Zeitpunkt schon einer der Gatten gestorben war. Eine solche Auslegung würde die Annahme erfordern, daß der Ausdruck im Art. 206 unrichtig gewählt worden sei. Der Wortlaut des Art. 206 führt demnach dahin, daß er eine Ersatzbestimmung für § 1635 Abs. 1 S. 1 und § 1637 BGB. enthält, deren Anwendung nicht daran gebunden ist, daß beide Gatten noch leben. Hierzu kommt, daß diese Auslegung auch dem Zweck, der nach den Motiven zu Art. 124 des Entwurfs verfolgt wird, besser dienen kann. Die Ausnahme ist getroffen, weil eine Aenderung in der Regelung des Erziehungsrechts nach früherem Recht vermieden werden soll. Die Schonung bestehender Verhältnisse war aber nicht bloß für den Fall geboten, daß bei dem Inkrafttreten des BGB. noch beide Eltern lebten, sondern ebenso für den Fall, daß einer von ihnen gestorben war. Wenn derjenige starb, dem das

[1]) Vgl. hierzu die Mitteilung aus der Praxis Jahrgang 1905 S. 447 ff. In dieser Mitteilung findet sich der zum Verständnis der Entscheidung nötige Auszug aus dem Tatbestande (vgl. auch Jahrgang 1905 S. 155).

Erziehungsrecht zustand und wenn er Bestimmungen traf, die bei Fortdauer des früheren Rechts gesichert waren, so war es, was vermieden werden sollte, ein rücksichtsloser Eingriff in bestehende Verhältnisse, wenn der andere, bisher von der Erziehung ausgeschlossene Teil die Erziehungsgewalt erhielt. Die nämliche Erwägung führt dazu, daß es dem Zwecke der Ausnahmebestimmung mehr entspricht, wenn man in dem Fall, daß beide Gatten bei dem Inkrafttreten des BGB. noch leben, sie nicht mit dem Tode des erziehungsberechtigten erlöschen läßt.

Hiernach hat sich in dem Recht der Klägerin, für die Person ihres Kindes zu sorgen, mit dem Tode ihres früheren Gatten nichts geändert. Maßgebend ist vielmehr das BayerLR. und subsidiär das gemeine Recht. Das BayerLR. enthält Bestimmungen über Erziehung der Kinder nach Scheidung der Ehe nicht, da es die Scheidung einer beerbten Ehe vom Bande überhaupt nicht kennt (Teil I, Kap. 6 § 41). Nach gemeinem Recht blieb das Erziehungsrecht des Vaters (l. 1 § 3, § 5 D. de. lib. exhib. 43, 30) unberührt, wenn die Scheidung nicht von ihm verschuldet wurde, andernfalls hatte die Mutter Anspruch auf das Erziehungsrecht, das sie aber durch Eingehung einer neuen Ehe verlor; doch konnte im Interesse der Kinder eine abweichende Anordnung getroffen werden (Nov 117 cap. 7, L. un Cod. div. facto 5, 24). Führte der Vater die Erziehung und waren bei seinem Tode noch unmündige Kinder vorhanden, so war für diese nach den nunmehr eingreifenden Bestimmungen des BayerLR. ein Vormund zu bestellen und der Letztere hatte vor allem für die Erziehung zu sorgen. Zum Vormund konnte die Mutter bestellt werden, jedoch nur, wenn sie nicht wieder verheiratet war. Der Vormund sollte sich bei der Erziehung zuvörderst nach den Anweisungen, die etwa der Vater hinterlassen hatte, richten und in Ermangelung solcher die Erziehung der Mutter überlassen. Schritt diese zu einer anderen Ehe, so konnte ihr gleichwohl die Erziehung vom Vormundschaftsgericht anvertraut werden (BayerLR. T. I Kap. 7 § 2 Nr. 1, 2, § 11 Nr. 1, § 3, Kap. 6 § 47 Nr. 4, Kap. 7 § 11 Nr. 2, 3). Ein Klagerecht auf Herausgabe des Kindes hatte die Mutter, die nicht zum Vormunde bestellt war, wenn überhaupt, jedenfalls nur, wenn der Vormund einverstanden war und das Vormundschaftsgericht ihr das Erziehungsrecht übertrug (vgl. Urt. d. Oberappellationsgerichts München v. 31. Januar 1871, BlfRA. Bd. 36 S. 255). Alles dies würde mithin hier zu gelten haben, nur mit der Abweichung, daß es zufolge § 1783 BGB. jetzt gesetzlich zulässig ist, die Mutter, die eine neue Ehe eingegangen ist, zum Vormund zu bestellen.

Diese Erwägungen führen zu folgendem Ergebnis. Nach dem Tode ihres frühreren Gatten würde Klägerin die elterliche Gewalt, jedoch nicht das Erziehungsrecht bekommen haben, wenn sie nicht eine neue Ehe eingegangen wäre. Da sie sich wieder verheiratet hat, so hat sie zufolge § 1697 Abs. 1 BGB. die elterliche Gewalt, auch soweit diese die Vertretung des Kindes und die Nutznießung an seinem Vermögen betrifft, nicht erlangt. Für das Kind mußte vielmehr gemäß § 1773 BGB. ein Vormund bestellt werden. Die Erziehungsgewalt hätte Klägerin nicht erhalten und hat sie nicht erhalten, weil in dieser Beziehung zufolge Art. 206 EG. z. BGB. das bisherige Recht maßgebend geblieben ist. Zum Vormund ist sie nicht bestellt. Darnach ist die Klage unbegründet. (Urt. d. IV. ZS. v. 18. Januar 1906.) — — — — n.

401

II.

Zu §§ 121, 124, 133, 143 BGB. Die Anfechtungserklärung muß bestimmt und unzweideutig sein. Der Beklagte hatte an den Mitkläger geschrieben: „Falls ich gewußt hätte, daß sich in dem Grundstücke Lehmwände vorfinden, hätte ich es entweder nicht gekauft, jedenfalls aber nicht für 28000 Mk. Ich ersuche Sie um Mitteilung, ob Sie damit einverstanden sind, daß der Kaufpreis auf 24000 Mk. gemindert wird. In diesem Falle bin ich bereit, jederzeit die Auflassung gegen Restzahlung von 8260 Mk. entgegenzunehmen. Wenn Sie jedoch hiermit nicht einverstanden sind, würde ich natürlich vom Vertrage zurücktreten müssen, und ersuche Sie, binnen drei Tagen um ihre gefällige Erklärung." Dieses Schreiben hat der Berufungsrichter dahin gewürdigt, daß die Erklärung der Anfechtung in ihm nicht enthalten sei, weil, wenn auch eine bedingte Anfechtung in ihm gefunden werden könne, eine solche den §§ 121, 124 BGB. nicht genüge. Dem § 133 BGB. gemäß ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Der Revision ist deshalb darin beizutreten; daß die Anfechtungserklärung keines andern Inhalts bedarf als des erkennbaren Willens, das Geschäft, um das es sich handelt, nicht bestehen zu lassen. Diesen Satz hat aber auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Denn von ihm wird in dem Schreiben nur die Bestimmtheit der Anfechtungserklärung vermißt, die im Interesse einer klaren Entscheidung der Rechtslage nach § 143 BGB. gefordert ist. Und darin ist ihm beizutreten, daß die Anfechtung eine unzweideutige Erklärung erfordert, daß das abgeschlossene Geschäft, z. B. wegen Irrtums oder Betrugs, unwirksam sein soll (JW. 1903 Beil. 107). Eine solche unzweideutige und bestimmte Erklärung kann in einem Schreiben nicht gefunden werden, das die Entschließung des Anfechtenden von einer vorhergehenden Stellungnahme des Anfechtungsgegners abhängig macht. Die Berufung der Revisionsbegründung auf Staudingers Komm. 1 S. 446 ist unrichtig, denn dort ist im Gegensatz zu der für die Kündigung vertretenen Ansicht bezüglich der Anfechtungserklärung bemerkt, daß sie ihrer Natur nach keine Bedingung vertrage. Noch weniger, wie in dem Schreiben kann eine Anfechtungserklärung in der Aeußerung des Beklagten dem Mitkläger H. G. gegenüber gefunden werden: „Ich kann das Haus nicht behalten, ich werde Sie verklagen." (Urt. V 176/05 v. 23. Nov. 1905.)

339 — — —r.

B. Strafsachen.

Zum Begriffe des ursächlichen Zusammenhangs. Der Angeklagte hatte sich in der Kirche auf einen ihm nicht zukommenden Platz gesetzt und sich von diesem trotz wiederholter Aufforderung des Pfarrers nicht entfernt. Da nach Ansicht der anderen Kirchenbesucher das Einschreiten des Pfarrers nicht nötig war, war ein „Gemurmel und Gesumme" entstanden. Für die mit diesem verbundene Unordnung und Störung des Gottesdienstes hatte die Anklage den Angeklagten aus § 167 StGB. strafrechtlich verantwortlich gemacht. Die Revision des Staatsanwalts gegen das freisprechende Urteil wurde verworfen.

Aus den Gründen: Allerdings ist insofern ein Zusammenhang zwischen dem Handeln des Angeklagten und der Unordnung vorhanden, als diese nicht entstanden wäre, wenn er sich nicht in den Kirchenstuhl gesetzt oder ihn auf die erste Aufforderung des Pfarrers verlassen hätte. Allein, daß der Angeklagte den Lärm und die Unordnung erregt hätte, folgt daraus nicht. Zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Handeln des Angeklagten und dem Lärm und der Unordnung genügt nicht die zeitliche Aufeinanderfolge, sondern es ist dazu notwendig eine innere Verbindung erforderlich, an der es hier fehlt. Denn das „Gemurmel und Gesumme" ist nach den Feststellungen des ersten Richters nicht deshalb erfolgt, weil der Angeklagte sich von

dem Kirchenstuhle nicht entfernt hat, sondern weil der Pfarrer darauf bestanden hat, daß er sich entferne. Zwischen die Handlung oder das Unterlassen des Angeklagten und das Entstehen des Lärms hat sich daher das Tun eines willens- und zurechnungsfähigen Anderen eingeschoben, ohne daß dieses Tun des Geistlichen aus dem des Angeklagten mit innerer, rechtlicher oder logischer Notwendigkeit folgen mußte. Sonach ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tat des Angeklagten und dem Entstehen des Lärms unterbrochen, der Lärm und die Unordnung sind von dem Angeklagten nicht erregt worden. Ohne Rechtsirrtum hat daher der erste Richter davon Abstand genommen, den subjektiven Tatbestand zu prüfen und schon aus objektiven Gründen das Vorliegen eines Vergehens gegen § 167 StGB. verneint. (Urt. d. I. StS. v. 7. Dez. 1905, 1 D 267/05.)

367 B.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Gebühr für die Eröffnung eines außerhalb Bayerns errichteten Testaments (Ges. über das Gebührenwesen Art. 111 n. F.). Am 18. Februar 1903 starb in München, ihrem letzten Wohnorte, die Witwe J. W. Ihr in der Verwahrung des Amtsgerichts I Berlin befindliches Testament vom 10. November 1888 wurde am 16. März 1903 von diesem Gerichte auf Ersuchen des Nachlaßgerichts eröffnet. Auf Grund des Testaments wurde sie von ihrem Sohne K. W. in München beerbt. Für die Eröffnung des Testaments hat der Erbe an die Gerichtskasse des Amtsgerichts I Berlin eine Gebühr von 37 Mk. gezahlt. Die Regierungsfinanzkammer forderte die Nachzahlung einer Gebühr von 431 Mk. gemäß Art. 111. Die Erinnerungen des Erben wurden vom Amtsgerichte zurückgewiesen; seine Beschwerde wurde abgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Art. 111 des Ges. über das Gebührenwesen in der Fassung vom 11. November 1899 bestimmte, daß Testamente und Erbverträge bei ihrer Eröffnung einer besonderen Gebühr von eins vom Tausend der Gegenstandssumme, über welche verfügt ist, unterliegen. Diese Gebühr ist für die Errichtung des Testaments geschuldet und wird bei der Eröffnung fällig (Entsch. d. ObLG. in ZS. Bd. 15 S. 329). Das Finanzministerium vertrat in § 21 der Vollz. Instr. vom 25. Dezember 1899 den Standpunkt, daß es keinen Unterschied mache, ob das Testament in Bayern oder außerhalb errichtet ist. Gegen diese Ansicht wurden Bedenken laut; deshalb wurde in dem Entwurf eines Gesetzes, das Nachlaßwesen betr., vorgeschlagen, hinter das Wort „unterliegen" die Worte „ohne Rücksicht auf den Ort ihrer Errichtung" einzusetzen. Der Vorschlag wurde damit begründet, daß gesetzgeberisch eine andere Lösung nicht in Frage kommen könne, da sonst geradezu eine Prämie darauf gesetzt wäre, die Verfügung außerhalb Bayerns zu errichten. Der Berichterstatter in der Kammer der Abgeordneten bemerkte hierzu, daß dieser Grund zwar nur zutreffe, wenn in dem nichtbayerischen Orte die Testamentserrichtung billiger sei, beantragte aber Zustimmung zu dem Regierungsvorschlage, der als Art. 10, X in das Gesetz vom 9. August 1902, das Nachlaßwesen betr., aufgenommen ist. Daß das Testament in Berlin errichtet wurde, ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes unerheblich; daß die Eröffnung, an die nur die Fälligkeit der Gebühr geknüpft ist, auch in Berlin stattfand, ist jedenfalls deshalb nicht von Belang, weil die Eröffnung auf Ersuchen des Nachlaßgerichts erfolgte. Ob ein bayerisches oder außerbayerisches Gericht um die Eröffnung ersucht wird, kann keinen Unterschied begründen. Auch der Umstand, daß eine Gebühr für die Eröffnung an die preußische Staatskasse gezahlt wurde, ist unerheblich. Daß in einer Angelegenheit, in der die bayerischen Behörden eine Tätigkeit entwickeln, auch außerhalb Bayerns infolge der besonderen Gestaltung der Verhältnisse Gebühren anfallen, wird vom Gesetze über das Gebührenwesen im allgemeinen nicht berücksichtigt, wie die Art. 118, 119, 147, 161[1]) entnehmen lassen. Die Anrechnung einer gezahlten Gebühr kennt das Gesetz über das Gebührenwesen nur insoweit, als an die bayerische Staatskasse gezahlt ist. (Beschl. v. 19. Sept. 1905 Reg. V Nr. 24/05).

Nachschrift des Einsenders. Die Entscheidung zeigt, zu welcher Härte und Unbilligkeit die Vorschrift des Art. 111 GebG. in ihrer jetzigen Fassung führen kann; es ist schwer zu verstehen, daß der Landtag dem Aenderungsvorschlage ohne jede einschränkende Modifikation zustimmen konnte. Wer an einem Orte außerhalb Bayerns seinen Wohnsitz hat und dort ein Testament errichtet und in amtliche Verwahrung gibt, kann dabei doch, auch wenn er später seinen Wohnsitz nach Bayern verlegt, unmöglich die Absicht hegen, eine Vorschrift des bayer. Gebührengesetzes zu umgehen, da er in diesem Zeitpunkte vielleicht noch nicht einmal an die Möglichkeit einer künftigen Aenderung seines Wohnsitzes denken wird. Für Fälle von der Art des der Entscheidung unterstellt gewesenen würde die Bestimmung einer fixen Gebühr für den Eröffnungsakt vollkommen gerechtfertigt sein. Dagegen entbehrt die Erhebung einer verhältnismäßigen Gebühr für die Beurkundung des Testaments oder Erbvertrags durch einen außerbayerischen Notar, durch ein nichtbayerisches Gericht jeder inneren Berechtigung, wenn und weil ja die Gebühr nur bis zum Zeitpunkte der Eröffnung der letztwilligen Verfügung gestundet sein soll. Eine Gebühr, die nach allgemeinen Grundsätzen des Besteuerungsrechtes für die bayerische Staatskasse überhaupt nicht anfallen konnte, kann auch für diese nicht gestundet sein. Auch die legislatorischen Erwägungen, auf denen die besonderen Vorschriften der angeführten Art. 118, 119, 147 des Gesetzes beruhen, treffen hier nicht zu. Denn es besteht doch gewiß nicht ein rechtliches Interesse daran, daß jedermann seine letztwilligen Verfügungen von einem bayerischen Notar beurkunden läßt bloß deshalb, weil er möglicherweise einmal in Bayern stirbt und hier ein gerichtliches Verfahren über seinen Nachlaß anhängig werden kann.

399 K.

II.

Zur Auslegung der Elterngutsverträge. Bindung der Vertragsteile an die gesetzliche Erbfolge? Der am 29. Juni 1905 mit Hinterlassung der Witwe und eines gemeinschaftlichen Sohnes gestorbene J. B. hat am 25. Juni 1872 mit seiner Braut (der Witwe) einen notariellen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in dem u. a. bestimmt ist: „Für den Fall des Vorabsterbens eines von beiden mit Hinterlassung von Kindern soll der Ueberlebende berechtigt sein, gegen Auszeigung des Vater- oder Mutterguts die Immobilien zum Alleineigentum zu erwerben". J. B. hat jahrelang von seiner Frau getrennt gelebt und am 24. Oktober 1904 mit der Köchin A. St. einen notariellen Erbvertrag geschlossen, in dem er diese zur Alleinerbin einsetzte und der Frau und dem Sohne nur den Pflichtteil als Vermächtnis zuwendete. Das Amtsgericht stellte im Nachlaßverfahren einen Erbschein aus, der als Erben „kraft Gesetzes" die Witwe zu $^1/_4$ und den Sohn zu $^3/_4$ bezeichnete. A. St. beantragte dessen

[1]) Im Falle dieses Artikels wird ja die in Bayern errichtete Urkunde nur nach allgemeinen Grundsätzen und zwar mit ermäßigtem Gebührensatze bewertet. A. d. E.

Einziehung. Die Beschwerde gegen die Ablehnung und die weitere Beschwerde blieben erfolglos.

Aus den Gründen: Der in der Fassung des Erbscheins hervortretenden Ansicht, daß die gesetzliche Erbfolge, bei der der Vertrag vom 25. Juni 1872 es belassen habe, trotz des Erbvertrags vom 22. Oktober 1904 eingetreten sei, weil der Erblasser sich an sie vertragsmäßig gebunden habe, kann nicht zugestimmt werden. Einen vertragsmäßigen Verzicht auf die Befugnis, Verfügungen von Todes wegen zu treffen, läßt BGB. § 2302 nicht zu; er war auch nach gemeinem Rechte nicht zulässig. Das bayer. Landrecht enthält keine abweichende Vorschrift; es versteht unter dem in T. III Kap. XI § 1 Nr. 3 erwähnten Erbvertrage de conservanda hereditate nicht einen solchen Verzichtsvertrag, sondern eine vertragsmäßige Erbeinsetzung (Roth-Becher, bayer. Zivilr. III §§ 359, 366 Note 54). Der Erblasser kann sich nur in dem Sinne an die gesetzliche Erbfolge binden, daß er die nach ihr zu Erben Berufenen zu Erben einsetzt. Eine solche Bindung ist aus den im Vertrage vom 25. Juni 1872 enthaltenen Bestimmungen zu entnehmen. Die Vorinstanzen haben mit Recht angenommen, daß dieser die Erbfolge auch für den Fall des Vorhandenseins von Kindern geregelt hat. Die zugunsten des überlebenden Gatten getroffene Verfügung setzt voraus, daß bei der Auseinandersetzung nur der Gatte und die Kinder beteiligt sind; es ist deshalb ausgeschlossen, daß der zuerst Versterbende befugt sein sollte, dem überlebenden Teile einseitig fremde Personen als Teilhaber des gütergemeinschaftlichen Vermögens aufzudrängen und ihn zur Auseinandersetzung mit diesen zu nötigen. Ob in dem Vertrage nur die Kinder als Erben eingesetzt sind, oder ob die Bestimmung dahin zu verstehen ist, daß der überlebende Gatte und die Kinder vorbehaltlich der zugunsten des ersteren getroffenen Sonderbestimmung die Rechte haben sollen, die ihnen bei der gesetzlichen Erbfolge zustehen würden, kann dahingestellt bleiben, weil diese Frage das Recht der Beschwerdeführerin nicht berührt. (Beschl. d. I. ZS. v. 30. Nov. 1905.) — — — — — — n.

395

B. Strafsachen.

Gewerbelegitimationskarten. (§§ 44, 44a, 148 Ziff. 5 GewO.) Der Viehhändler und Metzger S. G., der hinsichtlich seiner Gewerbe mit Gewerbesteuer veranlagt, nach dem Gesetze über die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen aber nicht besteuert ist, und auch keine Legitimationskarte im Sinne des § 44a GewO. besitzt, kaufte außerhalb des Gemeindebezirkes seines Wohnortes und seiner gewerblichen Niederlassung Vieh zu gewerblichen Zwecken auf. Das Berufungsgericht ließ dahingestellt, ob ein Metzger, der außerhalb des Gemeindebezirkes seiner gewerblichen Niederlassung Vieh zum Schlachten ankaufe, einer Legitimationskarte (§ 44a GewO.) bedürfe, und ob in einzelnen Fällen der Ankauf von Vieh auf Bestellung erfolgte. Die Prüfung dieser Fragen ist unterlassen worden, weil der Angeklagte als Kleinviehhändler einer Legitimationskarte bedurft hätte, es aber nicht angehe, bei den einzelnen Einkäufen zu unterscheiden, ob er die Tiere für sein Metzgergewerbe oder für sein Handelsgewerbe als Viehhändler erwerbe. Dieser Erwägung hat das Oberste Landesgericht nicht beigepflichtet aus folgenden Gründen:

Der Angeklagte übt zwei Gewerbe aus. Wenn das Gesetz die Ausübung mehrerer Gewerbe von verschiedenen Erfordernissen abhängig macht, so kann die Ausübung des einen den für das andere geltenden strengeren Bestimmungen nicht deshalb unterworfen werden, weil es im einzelnen Falle schwierig sein mag, zu beweisen, daß ein Akt der einen oder anderen Gewerbetätigkeit in Frage steht. Zum Ankauf von Vieh außerhalb des Gemeindebezirkes der gewerblichen Niederlassung für Zwecke des Metzgereigewerbes ist der Besitz einer Legitimationskarte nicht erfordert. Auch der Ankauf von Vieh durch einen Viehhändler außerhalb des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung zum Zwecke des Wiederverkaufes hat, wenn er auf Bestellung erfolgt, den Besitz einer Legitimationskarte nicht zur Voraussetzung. Es ist nicht der Wortlaut der §§ 44, 44a GewO., sondern der aus der Entstehungsgeschichte sich ergebende Wille des Gesetzgebers maßgebend. Hiernach steht § 55 GewO. sowohl nach der Fassung des Gesetzes von 1869 als auch nach den durch die Novellen von 1883 und 1896 bewirkten Aenderungen zu § 44 GewO. im Verhältnis der Regel zur Ausnahme, und es gilt auch dermalen noch der Grundsatz, daß der stehende Gewerbebetrieb nicht strengeren Anforderungen unterworfen sein soll, als der Gewerbebetrieb im Umherziehen. Hieraus folgt, daß ein Akt der Gewerbeausübung, der einer Beschränkung nach den Vorschriften in Titel III GewO. (§ 55) nicht unterliegt, auch dann, wenn er als Ausfluß des stehenden Gewerbebetriebes in Betracht kommt, keiner Beschränkung und damit auch nicht dem Erfordernis der Legitimationskarte nach §§ 44, 44a GewO. unterworfen ist (cf. Reger Bd. 17 S. 139, 141; Seydel, Staatsrecht III S. 405 Note 9; Rohrscheidt, GewO. Note 4 zu § 44a). Es durften daher die Fälle, in welchen der Angeklagte Viehankäufe zum Zwecke der Schlachtung in seinem Metzgereibetrieb machte, nicht bestraft werden. (Urt. v. 7. Dez. 1905 RevReg. Nr. 350/05.) Schm.

396

Oberlandesgericht München.

Einfluß des Zwangsvergleichs auf die Pflicht zur Tragung der Prozeßkosten. Am 12. Januar 1905 wurde Konkurs über das Vermögen des Beklagten eröffnet. Die Prozeßkosten betrugen z. Z. der Konkurseröffnung 146 Mk. 94 Pf. Sie wurden durch Kostenfestsetzungsbeschluß auf 189 Mk. 17 Pf. festgesetzt. Es waren also nach Konkurseröffnung noch 42 Mk. 23 Pf. Kosten entstanden. Der Schuldner hatte einen gerichtlich bestätigten rechtskräftigen Zwangsvergleich mit 27% geschlossen. Er beantragte deshalb mit Beschwerde, den z. Z. der Konkurseröffnung 146 Mk. 94 Pf. betragenden Kostenanspruch des Klägers wegen des Zwangsvergleichs auf 39 Mk. 67 Pf. zu mindern. Das Landgericht gab der Beschwerde mit der Begründung statt, daß von den bis zum 12. Januar 1905, dem Tage der Konkurseröffnung erwachsenen Kosten nur die Zwangsvergleichsquote verlangt werden könne, da nach dem Zwangsvergleich auch der bis zur Konkurseröffnung aufschiebend bedingt bestandene Kostenerstattungsanspruch des Klägers berührt werde; er sei eine einfache Konkursforderung und nach § 67 KO. würden bedingte Konkursforderungen vom Vergleiche auch dann ergriffen, wenn die Bedingung erst nach Konkursbeendigung eintrete. Der sofortigen Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht am 20. November 1905 aus folgenden Gründen stattgegeben:

Vor der Konkurseröffnung entstandene Prozeßkosten werden durch einen Zwangsvergleich nicht berührt, wenn der Prozeß einen nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Anspruch betrifft (so Unterlassung einer Handlung des Gemeinschuldners), insbesondere, wenn sich die Klage auf § 31 UnlWG. stützt. Die im Prozeß strittige Frage, ob der Kläger von dem Beklagten verlangen könne, daß dieser die Ankündigung eines Totalausverkaufs unterlasse und ob der Kläger berechtigt sei, ein den Beklagten hierzu verurteilendes Erkenntnis öffentlich bekannt zu machen, betrifft nicht die Konkursmasse, d. h. das z. Z. der Konkurseröffnung vorhandene einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners.

Ein über diesen Anspruch anhängiger Prozeß wird daher durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten nicht unterbrochen (Gaupp-Stein ZPO. § 240). Die Kosten bilden eine Nebenleistung zur Hauptforderung, die vom Konkursverfahren ausgeschlossen ist, und können daher gleichfalls nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden (cf. Petersen-Kleinfeller KO. S. 29). Z.

373

Oberlandesgericht Zweibrücken.

§ 170 StPO. Nachdem ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage gegen zwei des Meineids beschuldigte Personen als unzulässig zurückgewiesen worden war, weil er nicht von einem Rechtsanwalt unterzeichnet war, erstattete der Antragsteller wenige Tage nach der Zustellung des Beschlusses neue Anzeige gegen diese wegen der nämlichen Eidesverletzungen und unter Angabe derselben Tatsachen und Beweismittel; der Staatsanwalt hielt den ablehnenden Bescheid aufrecht, der Oberstaatsanwalt verwarf die Beschwerde. Der neue Antrag auf gerichtliche Entscheidung, der eine Woche nach Zustellung der zweiten, aber mehr als einen Monat nach der Bekanntmachung der ersten oberstaatsanwaltschaftlichen Verfügung eingereicht und von einem Rechtsanwalte unterzeichnet ist, wurde, obwohl die Form gewahrt war, als unzulässig abgewiesen.

Aus der Begründung: Der Antrag ist, ebenso wie die vorausgegangene neue Anzeige und die Beschwerde auf dieselben Tatsachen und Beweismittel gestützt, wie die frühere Anzeige, die frühere Beschwerde und der frühere Antrag. Sachlich richtet er sich deshalb wieder gegen die erste Verfügung des Oberstaatsanwalts; die Frist für einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen diesen ist aber abgelaufen. Es geht nicht an, daß der Antragsteller die abgelaufene Frist durch eine neue sich mit der früheren deckende Anzeige wieder in Lauf setzt. Daß infolge Formmangels der frühere Antrag sachlich nicht gewürdigt werden konnte, ändert hieran nichts. Die Fristen des § 170 StPO. sind Präklusivfristen (Löwe Anm. 2 a, c, Stenglein Anm. 7); wäre der vom Antragsteller beliebte Weg gangbar, so wären die Fristbestimmungen wertlos und es wäre möglich, die endliche Erledigung der Strafanzeige unabsehbar hinauszuziehen, wogegen die Vorschriften der §§ 174, 175 StPO. und die Notwendigkeit der Unterzeichnung des Antrags durch einen Rechtsanwalt nur ungenügende Sicherheiten böten. Die Vorschrift des § 170 StPO. enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 152 StPO. und darf daher nicht ausdehnend ausgelegt werden, zumal, wenn dies dazu führen würde, daß ein Beschuldigter ungewiß lange Zeit unter der Beschuldigung stehen müßte, obwohl der Anklagestoff sich seit der die Erhebung der öffentlichen Klage ablehnenden Verfügung der Staatsanwaltschaft nicht geändert hat. (Hahn Mot. z. StPO. S. 1080, 1286; Dalcke in GoltdArch. Bd. 40 S. 256, Bd. 41 S. 93; Kammergericht ebendort Bd. 42 S. 148; Löwe 11 Aufl. § 170 Anm. 2 c.) (Beschluß v. 16. Nov. 1905.)

385 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Augsburg.

Form des Grundstückskaufs vor Anlegung des Grundbuchs. Eigenbesitz als Grundlage der Widerspruchsklage. Zu Urkunde eines württembergischen Notars verkaufte A. die im Bezirke des bayer. Amtsgerichts Fr. gelegenen Güter Hs.-Nr. 3¼ in L. und Hs.-Nr. 3 in F. mit allen Zugehörungen und dem gesamten lebenden und toten Inventar an B., wobei bestimmt wurde, daß die Uebergabe als am 1. Juli 1905 erfolgt gelte. B. wurde sofort in den Besitz eingewiesen und begann am 15. Juli 1905 die Bewirtschaftung. Am 26. August 1905 ließ der Kaufmann C. zu gunsten einer ihm gegen A. zustehenden vollstreckbaren Forderung auf dem von B. erkauften Gute in L. Mobiliarpfändung vornehmen. B. war bei der Pfändung nicht anwesend, wohl aber seine Frau, welche der Pfändung widersprach, weil das Gut samt Zubehör ihrem Manne gehöre; sie wurde vom Gerichtsvollzieher auf den Rechtsweg verwiesen. Nun erhob B. auf Grund seines Eigentums Widerspruchsklage mit dem Beifügen, daß C. nicht zu bewegen sei, dieses Recht anzuerkennen. Nach Zustellung der Klage wurde der Kaufvertrag vom 15. Juli 1905 auch zu Urkunde eines bayerischen Notariats verbrieft, worauf C. die Pfändung aufhob, weil er anderweite Deckung erhalten habe und deshalb auf die Pfändung verzichte. Der Kläger beantragte nun, C. zur Tragung der Kosten zu verurteilen, und machte geltend, daß er seit seinem am 15. Juli 1905 erfolgten Aufzuge auf dem Gute sich befinde, und es nebst allen Zugehörungen und Inventargegenständen im Eigenbesitze gehabt habe. Das Landgericht legte dem C. die Kosten auf. Die Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht (Zivilsenat II) am 28. Dezember 1905 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nach Art. 189 EG. z. BGB. erfolgt der Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist; für das fragliche Gut ist aber das Grundbuch noch nicht angelegt. Das Eigentum konnte also nur durch einen von einem bayerischen Notar beurkundeten dinglichen Vertrag (vgl. Entsch. d. bayer. Oberst. LG. n. F. Bd. 3 S. 349, BlfRA. Bd. 70 S. 483) und die hierauf gestützte Uebergabe des Grundbesitzes erworben werden, wogegen die Urkunde des württemb. Notars vom 15. Juli 1905 nur die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums begründen konnte. Die in ihr enthaltene Auflassungserklärung konnte keine Wirkung äußern. Sie wäre auch wirkungslos, wenn das Grundbuch bereits angelegt gewesen wäre, weil nach Art. 81 AG. z. BGB. in Ansehung der in Bayern liegenden Grundstücke die Einigung der Parteien bei der Uebertragung des Eigentums außer vor dem Grundbuchamte nur vor einem bayerischen Notare erklärt werden kann (vgl. Henle-Schneider, AG. Art. 81 Anm. 1 u. 5 b). Die Ausführungen in der BayZfR. (Jahrgang 1905 S. 7/8) stehen diesen Darlegungen nicht entgegen, behandeln vielmehr andere Fragen.

Auf das Eigentum des Klägers konnte also die schon vor der in Bayern erfolgten notariellen Beurkundung zugestellte Widerspruchsklage nicht gestützt werden. Dagegen ist der nachträglich ohne Widerspruch des Beklagten geltend gemachte Klagegrund des Besitzes und Gewahrsams geeignet, diese Klage zu rechtfertigen. Auf Grund des Kaufvertrags vom 15. Juli 1905 hat B. noch an diesem Tage oder kurz nachher die Güter mit allem Zubehör übernommen und ununterbrochen wie ein Eigentümer besessen, bewirtschaftet und benützt. Sein Besitz an den gepfändeten Sachen ist daher Eigenbesitz nach § 872 BGB. Auch kann nicht zweifelhaft sein, daß diesem Besitze der Schutz des BGB. (§§ 858 ff.) zur Seite stand, und daß eine Pfändung zu gunsten eines gegen A. bestehenden Anspruchs ohne Zustimmung des B. unzulässig und widerrechtlich war. Demgemäß war B. auch berechtigt, seine die Veräußerung hindernden Rechte durch Klage geltend zu machen (RG. Bd. 14 S. 363, Bd. 34 S. 422, Bd. 38 S. 397, Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 388).

375 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.



Landgericht München I.

I.

Der Konkursverwalter ist Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners i. S. des § 727 ZPO. Die Vollstreckungsklausel ist deshalb auf ihn umzustellen. Das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht hatte einen Zwangsversteigerungsantrag zurückgewiesen, da die vorgelegte, gegen den Konkursverwalter ausgestellte Vollstreckungsklausel unzulässig und ungenügend sei. Der Konkursverwalter sei gesetzlicher Vertreter des exequendus, nicht dessen Rechtsnachfolger noch der Vertreter der Gläubigerschaft als der Rechtsnachfolgerin im Sinne des § 727 ZPO. Die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf ihn sei deshalb weder erforderlich noch statthaft (Jaeger Anm. 10 zu § 14 KO.). Auf Beschwerde wurde der Beschluß aufgehoben.

Aus den Gründen: Mit der in Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 53 S. 8 ff. gegebenen Begründung vertritt das Beschwerdegericht die Auffassung, daß in prozessualem Sinne, insbesondere im Sinne der §§ 445 und 727 ZPO. der Konkursverwalter als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners und nicht als dessen Vertreter (wie ihn andere, insbesondere Jaeger, angesehen wissen wollen) zu betrachten ist. Deshalb war für den Gläubiger zur Befriedigung seines Absonderungsanspruches die Ausstellung der Vollstreckungsklausel gegen den Konkursverwalter geboten. Die Gründe, aus denen das Amtsgericht den vorgelegten Vollstreckungstitel bemängelt, sind nicht zu billigen (vgl. Planck, Zivilprozeßrecht Bd. II S. 660; Seuffert, Komm. z. ZPO. § 727 Anm. 5, b; Gaupp, Komm. z. ZPO. Anm. III zu § 727). (Beschl. d. VI. ZK. v. 23. Dez. 1905.)

355 —ch.

II

Keine Streitbefangenheit des hypothezierten Grundstücks durch Erhebung der persönlichen Schuldklage. (§§ 325, 727 ZPO.) Die Anwesensbesitzerin Th. bestellte dem Bankier W. Sicherungshypothek zu 2000 Mk. für einen zu gewährenden Darlehenskredit. Im Juli 1905 erhob der Privatier K. als Zessionar des W. gegen die Th. Klage auf Zahlung von 2000 Mk. Darlehensschuld, womit die Hypothekkaution erschöpft sei und erwirkte am 4. Oktober 1905 Versäumnisurteil. Nach Rechtskraft beantragte K. Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen die Weinhändlerseheleute J., weil diese das hypothezierte Grundstück nach Klagezustellung der Th. abgekauft hätten, also nach RGE. 27, 238 das Urteil gegen sie wirksam sei. Der Antrag wurde zurückgewiesen, weil eine gewöhnliche Zahlungsklage das für die eingeklagte Forderung kautionsweise hypothezierte Grundstück nicht streitbefangen mache, da Antrag und Formel keine Feststellung der Kautionshaftung enthalte, die Erwähnung in den Gründen hierzu aber nicht genüge, wie auch auf ein solches Urteil die Umschreibung in eine Vollhypothek nicht geschehe (JW. 1901 S. 863) und eine allenfallsige Zwangshypothek nicht den Rang der Sicherungshypothek erhalte. Die Bezugnahme auf RGE. 27, 238 sei belanglos, weil es sich dort um eine Vormerkung zur Sicherung der Auflassung, sohin um eine unmittelbar das Grundstück betreffende Klage gehandelt habe; auch das Zitat bei Neumiller ZPO. § 727 beziehe sich auf eine Einwilligungsklage nach §§ 648, 883 BGB., nicht auf die Zahlungsklage. Demnach könne die beantragte Ausfertigung auch nicht unter Beschränkung auf das erkaufte Grundstück erteilt werden. (Beschl. v. 18. Dez. 1905 A 2600/05.)

378 N.

Literatur.

Rosin, Dr. Heinrich, Das Recht der Arbeiterversicherung; 2. Band: Das Recht der Invaliden- und Altersversicherung. Berlin 1905, J. Guttentag. geb. Mk. 27.—.

Von Rosins „Recht der Arbeiterversicherung" liegt nunmehr der 2. Band, welcher das Recht der Invaliden- und Altersversicherung behandelt, vor. Rosin gibt hier eine erschöpfende, bis ins einzelne gehende Darstellung der Materie, und behandelt nicht nur das Reichsgesetz selbst, sondern auch alle reichsrechtlichen Ausführungsverordnungen; ferner sind die landesrechtlichen Vollzugsvorschriften von Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden in weitestem Umfange berücksichtigt. Rosins Darstellung in seinem „Recht der Arbeiterversicherung" ist bekanntlich systematisch. Allzu bescheiden sagt der Verfasser im Vorwort des vorliegenden Bandes, er hoffe, seine Darstellungsweise werde sich neben den vorhandenen Kommentaren über ihre Berechtigung auszuweisen vermögen. Sie vermag nicht nur das im vollsten Maße, sondern sie bildet sogar eine höchst wertvolle und für jeden, der in die schwierige Materie der Invalidenversicherung tiefer einzudringen beabsichtigt, geradezu unentbehrliche Ergänzung der kommentatorischen Literatur. Auch seine Absicht, ein für Theorie und Praxis brauchbares Werk zu schaffen, hat der Verfasser vollständig erreicht. Die Behandlung des Stoffes anlangend, so weicht die Einteilung vom System des Gesetzes ab. Rosin teilt den Stoff in eine die Entwickelung der Gesetzgebung und die Grundzüge des neuen Rechts darstellende Einleitung und sodann in 6 Bücher. Diese behandeln der Reihe nach die Formen der Versicherung (Zwangsversicherung, freiwillige Versicherung, Befreiung von der Versicherungspflicht), die allgemeinen Tatbestandsmomente des Versicherungsverhältnisses (die maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse, die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, die einzelnen in Betracht kommenden Personenklassen), die Organisation der Versicherung, das Beitragswesen, die Renten, die Nebenleistungen (Beitragserstattung, Heilverfahren usw.) und endlich die Grenzbeziehungen (zu Armenpflege, Unfallversicherung usw.). Da wir es uns leider versagen müssen, auf Einzelheiten des Werkes einzugehen, so möchten wir nur noch die übersichtliche Gliederung des Stoffes, sowie die knappe, aber äußerst klare und leichtverständliche Darstellungsweise des Verfassers besonders hervorheben. Rosins Werk sei allen, die mit dem Vollzug des Invalidenversicherungsgesetzes befaßt sind, aufs wärmste empfohlen. — l.

Silberschmidt, Dr. W., Rat am Landgericht Aschaffenburg (jetzt Staatsanwalt am Oberlandesgerichte Zweibrücken). Die deutsche Sondergerichtsbarkeit in Handels- und Gewerbesachen. Stuttgart 1904, Verlag von Ferdinand Enke. Brosch. Mk. 7.20.

In diesem „Beitrag zur Frage der Laiengerichte", der als Beilageheft zur Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Bd. 55) erschienen ist, bespricht der Verfasser in sehr anschaulicher Weise, wie sich in den einzelnen deutschen Staaten und auch in einzelnen Städten die Handelsgerichte entwickelt haben. Dann wird die Vorgeschichte der jetzigen Regelung der Handelsgerichtsbarkeit in den „Kammern für Handelssachen" eingehend dargelegt, woran sich eine kurze Darstellung des geltenden Rechts unter Berücksichtigung der seit 1900 erlassenen Gesetze anschließt. Auch der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte wird gedacht. Da Professor Dr. Jaeger in seinem Aufsatz über die Kaufmannsgerichte in Jahrgang 1 S. 1 ff. dieser Zeitschrift diese Art der Sondergerichtsbarkeit gründlich gewürdigt hat, kann ich mir

ein näheres Eingehen auf die Fragen ersparen, zu deren Behandlung die Ausführungen des Verfassers hier Anlaß geben könnten. Er weicht von Jaeger in manchen Punkten ab. Seine Auffassung leidet m. E. an dem schon von Jaeger berichtigten Irrtum, als handle es sich bei den Gewerbegerichten um Schiedsgerichte.

von der Pfordten.

Schmidt, Dr. Georg, Bezirksamtsassessor im Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern, Militärgesetze für Bayern nach dem Stande vom 20. Dezember 1905. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). gr. 8°. (942 S.) geb. Mk. 12.—.

Bucherts soeben in zweiter Auflage erscheinende Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze ist dem bayerischen Verwaltungsbeamten zum unentbehrlichen Hilfsmittel geworden. Dasselbe wie dieses Buch will Schmidts Sammlung der Militärgesetze erreichen. Sie bietet in einem Bande nach Materien alphabetisch geordnet eine Zusammenstellung aller wichtigen Reichs- und Landesgesetze über das Militärwesen samt den Vollzugsverordnungen und den einschlägigen Bundesrats- und Ministerialbekanntmachungen. Die Benützung des Buches erleichtert die Arbeit auf dem Gebiete der Militärgesetze wesentlich; denn es erspart das ermüdende Zusammensuchen des Materials aus den verschiedensten oft im Augenblicke des Suchens nicht gleich verfügbaren amtlichen Sammlungen und gewährt die Sicherheit, daß das Gefundene dem derzeitigen Stande der Gesetzgebung entspricht, was vor allem bei der Anwendung der weniger geläufigen Gesetze und Vollzugsbestimmungen von großer Bedeutung ist. Neben dem Landheer ist die Marine voll berücksichtigt, auch die Schutztruppen fehlen nicht. Daß an manchen Orten Entbehrliches weggelassen ist, tut der Vollständigkeit der Sammlung keinen Eintrag. Knappe Fußnoten und ein ausführliches Register erleichtern das Zurechtfinden. Der Offizier, der Richter, der Militär- wie der Zivilverwaltungsbeamte, der einmal mit Schmidts Sammlung gearbeitet hat, wird sie sicher nicht mehr missen wollen.

Bezirksamtsassessor Harster.

Sydow, R., Unterstaatssekretär, und Kammergerichtsrat **L. Busch,** Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz in den neuesten Fassungen. Unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichts herausgegeben mit Anmerkungen. Zehnte Auflage. Berlin 1905, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. 8°. Mk. 6.—.

Der im Jahre 1901 in der bekannten Guttentagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze erschienenen 9. Auflage der „Civilprozeßordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen (i. d. Fass. d. Ges. v. 17. Mai 1898)" von Sydow und Busch ist nunmehr die 10. Auflage unter dem oben angeführten Titel gefolgt. Veranlaßt war die Veranstaltung einer Neuausgabe nicht nur durch den Erlaß des Gesetzes vom 5. Juni 1905, betr. die Aenderungen der ZPO., sondern hauptsächlich auch durch die Menge neuen Stoffes, den die Rechtsprechung der allerletzten Jahre dem Verfasser zur Ergänzung und Vervollständigung des Werkes bot. Außerdem ist diesmal der ZPO. das GVG. nebst EG. 2c. 2c. vorausgeschickt und damit einem in der Praxis vielfach fühlbar gewordenen Bedürfnisse abgeholfen worden. Wie bei der CPO. sind selbstverständlich auch bei dem GVG. bereits die Aenderungen berücksichtigt und ersichtlich gemacht, die beide Gesetze schon durch die Novellen vom 17. Mai 1898 und dann neuerlich wieder durch die vom 5. Juni 1905 erlitten haben. Die Anmerkungen zur ZPO. haben durch die ausgiebige und sorgfältige Nachtragung der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts eine wertvolle Bereicherung erfahren; insbesondere haben auch die in der Juristischen Wochenschrift und in Gruchots Beiträgen veröffentlichten, nicht so allgemein zugänglichen Sprüche dieses obersten Gerichtshofs Aufnahme gefunden. Soweit einschlägig, sind neuerdings übrigens auch die im Reichsjustizamte zusammengestellten Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Grundbuchsachen, sowie die bei Johow-Ring (Jahrb. d. Entsch. d. Kammerg. i. S. d. freiw. Gerichtsb.) und bei Mugdan-Falkmann (Rechtspr. d. OLG.) mitgeteilten Erkenntnisse da und dort verwertet. Das GVG. ist nach dem gleichen Systeme wie die ZPO. mit überaus reichhaltigen Anmerkungen, Verweisungen und Zitaten versehen. Der auf diese Weise stark vermehrte Inhalt bedingte ein etwas größeres Format der neuen Ausgabe; doch beeinträchtigt dies noch in keiner Weise die Handlichkeit des Buches. Ein noch mehr erweiterter Umfang würde allerdings für eine zum täglichen Gebrauche des Praktikers bestimmte und als solche bisher allgemein besonders geschätzte Handausgabe kaum mehr recht erwünscht sein. Da im übrigen die Vorzüge, die schon die beiden vorhergehenden Ausgaben in besonderem Maße auszeichneten, namentlich die knappe, prägnante und übersichtliche Art, in der in den Anmerkungen der wesentlichste Inhalt der maßgebenden Entscheidungen wiedergegeben wird, auch der neuen Ausgabe nachgerühmt werden müssen, wird sich diese ohne Zweifel der allgemeinen Beliebtheit wie die früheren zu erfreuen haben.

—i—

Saleilles, Raymond, Professor in Paris. Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts. 14. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, Universitätsprofessor in Breslau. Breslau 1905, Verlag von M. & H. Markus. Brosch. Mk. 3.60.

In anregender und geistvoller Weise bespricht hier ein französischer Gelehrter den Werdegang des BGB., sowie mancherlei Grund- und Grenzfragen des Privatrechts, so z. B. eingehend die Frage der Bildung eines Gewohnheitsrechts und der verbindlichen Kraft der Rechtsübung durch die Gerichte. Man mag nur bedauern, daß der Verfasser seine Ausführungen zuweilen allzusehr im hohen philosophischen Stile gehalten hat, was ihre Verständlichkeit nicht immer fördert. Der Technik des BGB. zollt der Verfasser alles Lob, während er die von ihm vermittelten sozialen Fortschritte lückenhaft und unzureichend findet. Die von Professor Dr. Leonhard besorgte Uebersetzung ist vortrefflich.

von der Pfordten.

Notiz.

Errichtung von Gewerbegerichten. Das Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern weist in einer Entschließung vom 24. Januar 1906 (Amtsbl. d. Staatsministerien des Kgl. Hauses und des Aeußern und des Innern 1906 S. 47) die Verwaltungsbehörden an, die Errichtung von Gewerbegerichten auch in ländlichen Bezirken mit starker Arbeiterbevölkerung tunlichst zu fördern und macht insbesondere auf die Möglichkeit der Schaffung gemeinsamer Gerichte für mehrere Gemeinden oder größere Kommunalverbände (Distriktsgemeinden) aufmerksam.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

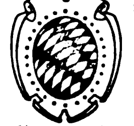
Nr. 6. München, den 15. März 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Erbschaftskaufvertrag und Erbengemeinschaft in der bayer. Gebührenpraxis.

Von Rechtsanwalt **Dr. Karl Buhmann** in München.

Angesichts der Tatsache, daß sich die Fälle mehren, in welchen zur Vermeidung kostspieliger Erbauseinandersetzungsverträge Erbschafts*kauf*verträge geschlossen werden, gewinnen die Entscheidungen über die Gebührenbewertung bei Erbschaftskaufverträgen erhöhtes Interesse. Wenn auch die ergangenen Entscheidungen vermutlich wiederum teilweise an Bedeutung verlieren, soweit nämlich die durch den gegenwärtig versammelten Landtag wahrscheinlich zu verbescheidende Novelle zum Gebührengesetz sich auch mit der Frage der Gebühren bei Erbschaftskäufen befassen wird, so bleibt doch voraussichtlich die grundsätzliche Bedeutung dieser Entscheidungen bestehen.

Neben der Erbschaftssteuer kommen in Nachlaßangelegenheiten und für die aus Anlaß der Nachlaßauseinandersetzung abzuschließenden Verträge insbesondere die Bestimmungen in Art. 113 Ziff. 1 und 114 sowie 213 des GebG. (a. F.) oder Art. 146 und 249 (n. F.) über die sogenannten Besitzveränderungsgebühren, künftighin wohl richtiger Eigentumsänderungsgebühren genannt, in Betracht.[1])

Ich schicke voraus, daß Art. 146 des GebG. (113[1], und 114 a. F.) als Grund der Besitzveränderung (Eigentumsänderung) an unbeweglichem Vermögen, für welche die Gebühr anwächst, den *Parteiwillen* zur Voraussetzung hat, während Art. 249 (213 a. F.) des GebG. als Grund der Besitzveränderung und damit als Voraussetzung der Besitzveränderungsgebühr neben den Entscheidungen von Behörden insbesondere *Erbgang* und andere, *außerhalb* eines Vertrages stehenden Tatsachen im Auge hat.

Nach dem Wortlaut des GebG. werden die Gebühren in Art. 146 von den vertragschließenden Teilen (dem Fiskus gegenüber als Gesamtschuldner, unter sich je zur Hälfte), die Gebühren des Art. 249 von dem „*neuen Eigentümer*" allein geschuldet.

Hauptsächlich zur Vermeidung der bei Erbschaftsauseinandersetzungsverträgen gemäß Art. 146 des GebG. erwachsenden Besitzveränderungsgebühr bezüglich des unter den Vertrag fallenden unbeweglichen Vermögens wurde die Form der Erbschaftskaufverträge vielfach gewählt, der Zweck der beabsichtigten Gebührenersparung aber nur in besonderen Fällen erreicht, in der Mehrzahl der Fälle trat sogar eine *Mehrung* der Gebühren infolge des Erbschaftskaufes ein, wie unten noch gezeigt werden wird.

Die Rechtsgrundsätze selbst, welche das Bayer. Oberste Landesgericht in den bereits veröffentlichten Entscheidungen und der Verwaltungsgerichtshof in zwei noch nicht veröffentlichten Entscheidungen vom 13. Juli 1905 und 8. Januar 1906 über die eingangs gestellte Frage aufgestellt haben, lassen sich dahin zusammenfassen:

A. Entscheidungen des Obersten Landesgerichts.

1. Die Erb-Kaufverträge stellen sich als Verträge über die Uebertragung der Erbberechtigung dar. Sie sind zulässig, auch soweit ihr Zweck ist, den Erbauseinandersetzungsvertrag zu vermeiden.

2. Auf Erbschaftskaufverträge findet auch, wenn *unbewegliches* Vermögen zur Erbmasse gehört, nicht Art. 146 des GebG., sondern Art. 145 des GebG. Anwendung.

3. Die Höhe der Gebühr des Art. 145 berechnet sich nach dem *Werte* des verkauften *Anteils* an dem Nachlaß nach Abzug der Nachlaßschulden, nach dem Werte aber selbst dann, wenn der Kaufpreis niedriger ist als der Wert des Anteils (siehe Entsch. d. Bayer. ObLG. vom 13. Januar 1903, 3. März 1903, 16. November 1903, Samml. Bd. IV S. 22, 186 und 803, gegenteilig anscheinend ebenda S. 387).

[1]) Ich zitiere unten jeweils das Gebührengesetz der Einfachheit halber in Uebereinstimmung mit dem Obersten Landesgericht in der neuen Fassung, obwohl gemäß Art. 313 des neuen Gebührengesetzes für den größten Teil Bayerns noch die Fassung des alten Gesetzes praktische Anwendung findet und künftighin noch längere Zeit hindurch Anwendung finden wird.

Aus den Entscheidungsgründen des Obersten Landesgerichts ist hierbei hervorzuheben:

Zu Ziff. 1.

Der Erbschaftskaufvertrag habe allerdings die Wirkung, daß eine Erbschaftsauseinandersetzung unter den Miterben nicht mehr nötig sei, das berühre aber seine rechtliche Natur nicht. (Der Entscheidung lag der Fall zugrunde, daß von zwei Miterbinnen die eine ihren Erbschaftsanteil an die andere verkauft hatte.) Auch bei Vorhandensein von nur zwei Erben sei eine Verfügung über den einen Erbschaftsanteil nach § 2033 BGB. zulässig. Der Inhalt der Urkunde, ebenso die übrigens nicht ausschlaggebende Ueberschrift lasse keinen Zweifel, daß der Wille der Parteien auf einen Erbauseinandersetzungsvertrag nicht gerichtet war. (Bd. IV S. 29).

Zu Ziff. 2.

Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand bringe es mit sich, daß die Aenderung in dem Besitz- und Eigentumsverhältnis bei einer Verfügung im Sinne des § 2033 BGB. nicht infolge der hierauf gerichteten Willenstätigkeit der vertragschließenden Teile, sondern als eine kraft Gesetzes in das Dasein tretende unvermeidliche rechtliche Folge der rechtsgeschäftlichen Verfügung eintrete. Es könne daher Art. 146 GebG. schon seinem Wortlaute nach nicht Anwendung finden. (Bd. IV S. 189).

Zu Ziff. 3.

Was die Berechnung der Gebühr des Art. 145 GebG. anlangt, so erklärt das Oberste Landesgericht in Band IV S. 812, daß es die früher in zwei Beschlüssen ausgesprochene Anschauung nicht aufrecht erhalte, daß bei Erbschaftskaufvertrags-Urkunden den Gegenstand des Vertrages die Gesamtheit der zum Nachlaß gehörigen Vermögensstücke bilde und der Wert dieser Gegenstände durch das Vorhandensein von Nachlaßschulden nicht berührt werde. Es habe vielmehr der Miterbe, solange die Gemeinschaft dauere, nicht einen Anteil an den zum Nachlaß gehörigen Gegenständen, sondern einen Anteil am ganzen Nachlaß, woraus sich ergebe, daß, wenn der Miterbe seinen Anteil am Nachlaß veräußere, Gegenstand des Vertrages nicht ein Anteil an den zum Nachlaß gehörigen Gegenständen, sondern ein Anteil an dem durch die Gesamtheit der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers gebildeten Vermögensinbegriff sei. Die Rechte vermehren, die Schulden vermindern diesen Vermögensinbegriff. Es hätten daher die Nachlaßschulden außer Betracht zu bleiben und sie müssen bei der Wertsberechnung abgezogen werden.

Die Richtigkeit dieser Anschauung des Obersten Landesgerichts ergibt sich insbesondere in jenen Fällen, in welchen der Anteil des Erben, der z. B. zu 1/3 oder 1/4 Erbe geworden ist, dem Werte nach infolge Bedingungen, Einrechnungsposten oder ähnlicher Verhältnisse, nicht ein Drittel oder ein Viertel des reinen Nachlaßvermögens beträgt, sondern sehr erheblich darunter bleibt. Der Erbe, der zu 1/4 mit drei anderen Erben Erbe geworden ist, bekommt bei der Erbteilung nicht immer 1/4 des reinen Rücklasses; bei der Erbteilung kann wirtschaftlich sein Anteil gleich 0 wert sein, wenn er z. B. als Abkömmling anrechnungsfähige Vorempfänge sich derart anrechnen lassen muß, daß ein Auseinandersetzungsguthaben für ihn nicht mehr übrig bleibt. Es ist daher richtig, die Gebühr des Art. 145 GebG. bei Erbschaftskäufen nach dem Reinwert des verkauften Erbschaftsanteils zu erheben.

Namentlich der vorher unter Ziff. 2 aufgeführte Beschluß des Obersten Landesgerichts und der oben aufgeführte entscheidende Teil seiner Begründung veranlaßte den Fiskus den Versuch zu machen, eine Gebühr nach Art. 249 des GebG. zu erheben, weil beim Erbschaftskauf die Aenderung im Besitz und Eigentume an dem unbeweglichen Nachlaßvermögen nach Anschauung des Obersten Landesgerichts nicht kraft eines hierauf gerichteten Parteiwillens, sondern unabhängig hiervon kraft des Gesetzes eintrete.

B. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes.

Der vorerwähnte Versuch der Heranziehung des Art. 249 des GebG. und der Erhebung einer Besitzveränderungsgebühr aus dem unbeweglichen Nachlaßvermögen gemäß Art. 249 des GebG. fand sodann in den Entscheidungen des VGH. vom 13. Juli 1905 und 8. Januar 1906 eine Würdigung, welche sich dahin zusammenfassen läßt:

1. Wenn von mehr als zwei Miterben ein Miterbe seinen Erbschaftsanteil an einen der anderen Miterben, oder an zwei oder mehrere weitere Miterben durch Erbschaftskauf überträgt, so erwächst auf das zum Nachlaß gehörige unbewegliche Vermögen die in Art. 249 GebG. vorgesehene Besitzveränderungsgebühr nicht (Entsch. d. VGH. vom 8. Januar 1906).

2. Diese Gebühr erwächst dagegen, wenn durch den Erbschaftskaufvertrag der Nachlaß in der Hand eines einzigen Erben vereinigt wird. (Entsch. d. VGH. v. 13. Juli 1905).

Die erstere dieser Entscheidungen hatte den Fall zum Gegenstande, daß von fünf Miterben drei ihre Erbschaftsanteile an die übrigen zwei verkauften; die letztere Entscheidung betraf den Fall, daß von zwei Miterben der eine seinen Erbschaftsanteil an den anderen veräußerte.

Die Gründe dieser beiden sich gegenseitig ergänzenden Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes gehen im wesentlichen dahin:

Für die Frage der Gebührenschuldigkeit seien, weil zur Zeit des Vertragsabschlusses das Grundbuch für den in Frage kommenden Bezirk (Oberlandesgerichtsbezirk München) noch nicht als angelegt erklärt worden war, gemäß Art. 313 des

GebG. neuerer Fassung die Grundsätze der Art. 213 u. 214 a. F. anzuwenden. (Deshalb zitiert auch der Verwaltungsgerichtshof selbst das GebG. in der alten Fassung.) Daß unter Besitzveränderung im Sinne des Art. 213 a. F. entsprechend dem Art. 249 n. F. eine Veränderung im Eigentumsbesitz, das ist im Eigentum und Besitz, zu verstehen sei und daß für die Frage nach der Rechtsänderung hieran das Bürgerliche Recht maßgebend sei, sei unbestreitbar.

Da der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 verstorben sei, sei gemäß Art. 213 EG. z. BGB. rücksichtlich der erbrechtlichen Verhältnisse der Erben das BGB. anzuwenden. Es sei daher mit dem Tode des Erblassers gemäß § 1922 BGB. der Nachlaß als Ganzes auf dessen Erben unmittelbar übergegangen und zwar sowohl das Eigentum, als auch gem. § 857 BGB. der Besitz. (Entsch. d. VGH. Bd. 25 S. 57).

Für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben bestimme § 2032 BGB., daß das Nachlaßvermögen auf die mehreren Erben als Gemeinschaft zur gesamten Hand übergehe (siehe auch § 2033 BGB.).

Ueber das Wesen der Rechtsform zur gesamten Hand enthalte das BGB. keine näheren Bestimmungen. Aus den Darstellungen der Rechtslehre hierüber und des Reichsgerichts (Bd. 52 S. 100 u. Bd. 57 S. 434) sei anzunehmen, daß die Teilhaber einer solchen Gemeinschaft (Gesellschaft) einen bestimmten Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen nicht haben, die Rechte eines jeden Erben vielmehr in dem Anspruche auf eine dem Werte seines Anteils am Gesellschaftsvermögen entsprechende Geldsumme erschöpft seien. (?) Die vereinigten Erben seien die Träger des Gesellschaftsvermögens, dieses sei jedoch kein selbständiges Vermögen, an welchem das Eigentum zur gesamten Hand bestehe. Aber auch ein Miteigentum des einzelnen Erben sei weder in der Form eines nach Bruchteilen geteilten Miteigentums an den einzelnen Stücken des Gesellschaftsvermögens, noch in Form eines solchen nach Bruchteilen berechneten Miteigentums an dem ganzen Inbegriff dieses Vermögens nach Bürgerlichem Recht zugelassen.

Im gleichen Sinne habe der Oberste Gerichtshof entschieden (Bd. IV n. F., S. 393). Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen habe das BGB. in § 2033 Abs. 1 die Bestimmung aufgenommen, daß jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen könne. Es sei bezüglich der im übrigen in gleicher Weise zu beurteilenden offenen Handelsgesellschaft schon längst allgemein anerkannt, daß die Gesamthand-Gemeinschaft der Gesellschafter in ihrer Vereinigung die Träger des Rechtes seien, ohne daß einerseits der Gesellschaft als solcher juristische Persönlichkeit zukomme, und ohne daß andererseits den Gesellschaftern als einzelnen Personen irgendwelche unmittelbare Anteile an dem Gesellschaftsvermögen zugestanden seien. Es sei insbesondere in dem Satze des § 2033 Abs. 1 BGB., daß jeder Erbe über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen könne, unter Anteil die Summe der Rechte und Verbindlichkeiten bezüglich des gesamten Nachlasses zu verstehen; denn jeder Erbe habe Anteile nur an dem Nachlaß im ganzen, also an allen Aktiven und Passiven, folgerichtig auch Anteile an der Summe aller einzelnen Nachlaßgegenstände. § 2033 Abs. 2 BGB. verbiete daher die Verfügung eines der Erben über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, losgelöst von den Nachlaßverbindlichkeiten. Der Erbschaftskauf könne daher, wie der Verwaltungsgerichtshof in Uebereinstimmung mit dem Obersten Landesgerichte annehme, nicht die Uebertragung des Eigentums an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen, sondern nur die Uebertragung der gesamten Beziehungen des Erben zu dem gesamten Nachlaß und die Uebertragung des Anteils an diesen zum Gegenstande haben. Es könne daher an sich die Besitzveränderungsgebühr des Art. 213 (Art. 249 n. F.) beim Erbschaftskaufe nicht gefordert werden, außer in dem einen Falle, wenn durch Erbschaftskauf der Erbschaftskäufer der alleinige Besitzer und Eigentümer aller zum Nachlaß gehörigen Gegenstände wird, wenn sich also der Nachlaß infolge des Erbschaftskaufes in einer Hand vereinigt. In diesem Falle würde eben der Erbschaftskäufer grundsätzlich so berechtigt, als ob er allein Erbe geworden wäre. Die Besitzveränderungsgebühr vollziehe sich daher in diesem Falle an dem gesamten Nachlaßvermögen, insbesondere auch an dem zum Nachlaß gehörigen unbeweglichen Vermögen. Hierbei sei von der Anwendung des Art. 213 (Art. 249) Abs. 2 des GebG. abzusehen, weil der Erbschaftskaufvertrag wohl eine mit einer verhältnismäßigen Gebühr (Gebühr des Art. 113, Art. 145 n. F.) zu bewertende Vertragsurkunde sei, aber es sei dies keine Vertragsurkunde, durch welche die Aenderung im Besitz und Eigentume des zum Nachlaß gehörigen unbeweglichen Vermögens beurkundet werde, sondern nur eine Vertragsurkunde, welche lediglich die Uebertragung eines Anteils am Nachlaßvermögen zum Gegenstande habe, eines Anteils, welcher keine individuell bestimmten Gegenstände oder Grundstücke des Nachlasses in sich schließe.

Zur Erläuterung der obigen Entscheidungen sei noch folgendes bemerkt:

Der Verwaltungsgerichtshof betont insbesondere mit Recht die Uebereinstimmung der rechtlichen Natur der Erbengemeinschaft mit der Gemeinschaft der offenen Handelsgesellschaft. Die Sonderstellung der offenen Handelsgesellschaft als einer Gemeinschaft gesonderten Rechts hat mit der Geltung des BGB. aufgehört; denn das Rechtsverhältnis der offenen Handelsgesellschaft ist nach Einführung des BGB. dem Rechtsverhältnis der

Gesellschaft allgemein gleichgestellt worden. Es erläutert Staub in den Anmerkungen zu § 122 HGB. (Exkurs 12) die rechtliche Natur des Eigentums der Gesellschaft (identisch mit dem Begriff des gemeinschaftlichen Eigentums der Gesellschafter) dahin: „Schon früher wurde angenommen, daß ein Eigentum an den körperlichen Sachen der Gesellschaft weder in der Form eines nach Quoten geteilten Miteigentums an den einzelnen Sachen noch auch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilsrechtes am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens besteht. (RGE. Bd. 25 S. 257, Bd. 30 S. 152). Es liegt vielmehr das sogenannte Eigentum zur gesamten Hand vor. Das Gesellschaftsvermögen steht allen Gesellschaftern gemeinsam zu, aber keinem von ihnen, auch nicht den Inhabern der Aktiv-Salden, eine bestimmte oder auch wandelbare unbestimmte Quote. Diese Konstruktion ist jetzt für alle Gesellschaften, auch die bürgerliche Sozietät, vom BGB. acceptiert worden in den §§ 718, 719 BGB."

Es hat daher der Verwaltungsgerichtshof in seinen beiden Entscheidungen vom 13. Juli 1905 und vom 8. Januar 1906 sich auch folgerichtig in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen des Obersten Landesgerichts bezüglich der Gebührenbewertung bei Verträgen gesetzt, welche den Uebergang des Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft mit Grundbesitz in die Hand eines einzelnen Gesellschafters zum Gegenstande hatten. Bezüglich solcher Verträge hat das Oberste Landesgericht an der Anschauung festgehalten, daß die Besitzveränderungsgebühr bei Uebergang eines unbeweglichen Vermögens-Bestandteiles von der offenen Handelsgesellschaft auf einen einzelnen Gesellschafter gleichfalls aus dem vollen Werte dieses unbeweglichen Vermögens, also ohne Berücksichtigung eines etwaigen Anteilsrechtes des erwerbenden Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwachse (siehe Entsch. des OLG. Bd. I S. 523, Bd. II S. 520, Bd. II S. 763). (Siehe auch Pfaff, GebG. Art. 146 Anm. Z. 20—25).

Die rechtliche Natur des Gesamteigentums kennt eben solche dingliche Anteilsrechte an dem Vermögen überhaupt nicht, sie sind begrifflich ausgeschlossen. Der offene Handelsgesellschafter A, welcher der aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft ein Haus abkauft, hat kein Hälfteanteilsrecht an dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft überhaupt oder insbesondere am Hause. Wirtschaftlich kann sein Anteilsrecht durch übermäßige Entnahmen oder durch Verluste an seiner Einlage dem Werte nach gleich 0 sein. Trotzdem ist er Gesamthandeigentümer auf das ganze (vielleicht sehr beträchtliche) Vermögen der offenen Handelsgesellschaft.

Der Unterschied bei Erwerb eines Grundstücks von der offenen Handelsgesellschaft durch einen Gesellschafter und bei Erwerb eines Grundstückes durch Erwerb der ganzen Erbschaft im Wege des Erbschaftskaufes besteht nur darin, daß im ersteren Falle die Eigentumsänderung kraft Parteiwillens, im letzteren Falle kraft Gesetzes eintritt, sowie daß im ersteren Falle die Gebühr von den vertragsschließenden Teilen als Gesamtschuldner (unter sich mangels Vereinbarung nach Kopfteilen), im letzteren Falle von dem Erbschaftskäufer allein geschuldet wird. Ein ähnliches Verhältnis wie beim Erbschaftskauf, haben das Oberste Landesgericht und der Verwaltungsgerichtshof auch bei der Fusion von Aktiengesellschaften und bei ähnlichen Gesellschaftsumwandlungsprozessen (siehe auch § 80 des Ges. über die G. m. b. H.) angenommen, indem auch hier der Uebergang des Grundeigentums an der zur Verschmelzung gelangenden Aktiengesellschaft nicht infolge des hierauf gerichteten Parteiwillens, sondern kraft Gesetzes und unabhängig von dem Parteiwillen eintritt, weshalb auch in diesem Falle das Oberste Landesgericht die Zulässigkeit der Erhebung der Besitzveränderungsgebühr (Geb. des Art. 113 Ziff. 1 und 114 GebG. a. F.) für unzulässig und nur die Erhebung der Vertragsgebühr nach Art. 113 Ziff. 2 für zulässig erklärte, worauf dann der Verwaltungsgerichtshof die Anwendung des Art. 213 GebG. (a. F.) bezüglich der Besitzveränderungsgebühr selbst für gegeben erachtete.

Bemerkenswert ist endlich noch, daß über das Rechtsverhältnis der Gemeinschaft zur gesamten Hand sich in wesentlicher Uebereinstimmung mit den Entscheidungen der beiden höchsten bayerischen Gerichtshöfe auch das Reichsgericht ausgesprochen hat und zwar inhaltlich der Veröffentlichung der JW. Jahrg. 1905 S. 205 ungefähr in folgendem Sinne: Von dem BGB. sei die Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet, ebenso wie die Gesellschaft (§ 705) und die eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1442, 1519, 1549). Alle diese Verhältnisse stimmten darin überein, daß an den Sachen und Rechten, die zum gemeinsamen Vermögen gehören, keine Anteilsrechte bestehen und daher Verfügungen eines Teilhabers über Anteile an den einzelnen Gegenständen nicht möglich sind. Verschieden sei dagegen die Frage nach der Möglichkeit der Verfügung eines Teilhabers über seine Anteilsberechtigung geregelt. Bei der ehelichen Gütergemeinschaft sei jede Verfügung eines Teilhabers ausgeschlossen. Bei der Gesellschaft seien die Ansprüche, welche den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragbar, und ebensowenig übertragbar der Anteil an dem Gesellschaftsvermögen, dagegen der Anspruch auf den Gewinnanteil und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, das dem Gesellschafter bei Erledigung der Gesellschaft zustehe. (§ 717, 719).

Bei der Erbengemeinschaft könne jeder Miterbe über seinen Anteil verfügen, dagegen nicht über den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Diese Verschiedenheit sei keine zufällige

sondern eine absichtliche (siehe Entstehungsgeschichte). Die in § 2033 BGB. zugelassenen Verfügungen eines Miterben (über deren rechtliche Natur siehe Wendt im ArchCivPrax., Bd. 89, S. 455 gegen Strohal, Erbrecht, 3. Aufl. Bd. 2 § 64 S. 97) bestehe nicht in der bloßen Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs, sondern in der Uebertragung der Mitberechtigung, die dem Miterben an dem gesamten Vermögen zusteht. Der Erwerber komme an die Stelle des ausscheidenden bisherigen Miterben. Die Verfügung könne in Verkauf, in Verpfändung oder in Nießbrauchbestellung geschehen.

Würde ein Miterbe neben der Verfügung über seine Anteilsberechtigung auch noch die rechtliche Macht haben, seinen Auseinandersetzungsanspruch daneben zu übertragen, so würde das zur Folge haben, daß der Käufer des Anteilsrechtes nichts erhält, aber für die Schulden hafte usw. (Aehnlich RG., Bd. 11 (n. F.) S. 78, Entsch. v. 31. Juni 1905.)

Wenn auch nicht alle Zweifel und alle in Frage kommenden Fälle in den gedachten Entscheidungen der beiden bayerischen obersten Gerichtshöfe entschieden sind, so geben doch die darin niedergelegten Entscheidungsgründe für ähnlich gelagerte Fälle und die sonstige Anwendung des Gebührengesetzes wertvolle Fingerzeige, wie die folgenden Erwägungen beweisen:

1. In der Entscheidung des VGH. vom 13. Juli 1905 wurde seitens des Fiskalats die halbe Gebühr aus dem zum Nachlaß gehörigen unbeweglichen Vermögen von dem Erbschaftskäufer erhoben. Die Gründe der Entscheidung aber lassen keine Zweifel zu, daß bei Berechnung der Besitzveränderungsgebühr aus Art. 249 des n. GebG. nicht allein der Wert des unbeweglichen Vermögensanteils des Erbschaftskäufers, sondern der gesamte Wert des zum Nachlaß gehörigen unbeweglichen Vermögens zugrunde zu legen ist.

Das BGB. kennt keinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, wohl aber wird durch Vereinigung des Nachlasses in der Hand eines einzigen Erben der ganze Nachlaß und jede einzelne Nachlaßsache verfügungsfrei, die Gebundenheit des ganzen Nachlasses durch die Erbengemeinschaft hört mit dieser Vereinigung auf; es ist daher nach der Anschauung des Verwaltungsgerichtshofes eine Aenderung in Besitz und Eigentum bezüglich des gesamten zum Nachlaßvermögen gehörigen unbeweglichen Vermögens eingetreten. (Die beabsichtigte Novelle zum Gebührengesetz soll in dieser Richtung eine Aenderung bringen?)

2. Es kann daher keinen Unterschied machen, ob die vollständige Vereinigung von Eigentum und Besitz an einer Erbschaftsmasse in der Person eines Miterben oder in der Person eines Dritten, der nicht Miterbe ist, eintritt; denn in letzterem Falle ist gleichfalls zweifellos, daß der Erbschaftskäufer, der die sämtlichen Anteile der mehreren Erben zusammenkauft, im Sinne des Gebührengesetzes neuer Erwerber in Besitz und Eigentum des zum Nachlaß gehörigen Vermögens, also insbesondere auch des unbeweglichen Vermögens wird.

3. Wenn ein Dritter (Nichterbe), bei Vorhandensein von mehr als zwei Erben, den Anteil eines der Miterben erwirbt, ohne daß eine vollständige Vereinigung des Nachlasses in seiner Hand eintritt, so ist nach den Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes anzunehmen, daß der Erbschaftskäufer nicht neuer Besitzer und Eigentümer des zum Nachlaß gehörigen unbeweglichen Vermögens im Sinne des Art. 249 n. F. wird; denn auch der Erbschaftskäufer, der bisher nicht Miterbe war, erwirbt keine unmittelbar dinglichen Rechte auf das Nachlaßvermögen, sondern nur einen Inbegriff von Rechten in Form des Erwerbes der Mitberechtigung anstatt des Erbschaftsverkäufers an dem gesamten Nachlaßvermögen.

4. Wenn mehrere Miterben, statt die Erbengemeinschaft durch Teilung aufzulösen, die Gemeinschaft fortsetzen, oder einzelne Anteile so verkaufen, daß eine vollständige Vereinigung des Nachlaßvermögens in einer einzigen Person nicht eintritt, so ist anzunehmen, daß bei zwanzigjähriger Dauer der Erbengemeinschaft die Gebühr des Art. 254 n. F. (das Gebühren-Aequivalent) anfällt. Hierfür spricht die grundsätzliche Gleichstellung des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft mit dem Vermögen der Erbengemeinschaft, ferner der Wortlaut des Art. 254 des GebG. und das gesetzgeberische Motiv hierzu.

5. Auch abgesehen vom Gebühren-Aequivalent hat auch im übrigen das neue Recht die unvermeidlichen Gebühren bei der Nachlaßauseinandersetzung erheblich vermehrt. Bisher galt in Bayern wohl in keinem Rechtsgebiet, wenigstens soweit die Spruchpraxis in Gebührensachen hierüber Auskunft gibt, erbrechtlich das Rechtsinstitut der gesamten Hand. Ein früher einmal gemachter Versuch, bei der Errungenschaftsgemeinschaft des bayer. Landrechts Gesamthandeigenschaft anzunehmen, fand in einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Dezember 1894 Nr. 110 eine Zurückweisung. Der Nachlaß ging daher nach früherem Recht bereits geteilt auf die Erben über. Nach jetzigem Recht erwächst aber bei Vorhandensein von unbeweglichem Nachlaßvermögen zunächst die Eigentumsänderungsgebühr (das Gebührengesetz neuer Fassung knüpft die Gebühr des Art. 249 ausdrücklich nur mehr an die Eigentumsänderung infolge des Erbüberganges auf die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand) und dann mindestens noch eine zweite Eigentumsänderungsgebühr infolge des notwendig werdenden Erbauseinandersetzungs- oder Erbschaftskaufvertrages. Eine dieser beiden Vertragsformen ist aber zur Auseinandersetzung der Verlassenschaft früher oder später

unvermeidlich. (Ich sehe hier von den Gebührenbefreiungen und Gebührenermäßigungen gegenüber nahen Verwandten ab.)

6. Daß, wenn sich durch den Erbschaftskaufvertrag die Erbschaft in einer Hand vereinigt, nicht eine Ersparung, sondern eine **Vermehrung** der Gebühren infolge des Erbschaftskaufes gegenüber der vertragsmäßigen Erbschaftsauseinandersetzung eintritt, ist nach dem bisher Gesagten klar. Wenn der Erblasser seine Freunde A, B und C zu Erben seines Nachlasses einsetzt, so zahlen infolge der Eigentumsänderung im Erbwege A, B und C neben der Erbschaftssteuer auch noch aus den drei zum Nachlaß gehörigen, je 10 000 Mk. werten Bauplätzen, nach Art. 250 GebG. 1 % aus 30 000 Mk. = 300 Mk. Im Falle der Erbschaftsauseinandersetzung, bei welcher je ein Bauplatz jedem Erben zugeteilt oder alle drei Plätze an einen Dritten veräußert werden, erwachsen an Eigentumsänderungsgebühren weitere 2 vom Hundert also 600 Mk. im ganzen 300 + 600 = 900 Mk. Verkaufen, statt eine Erbenauseinandersetzung zu pflegen, die Erben A, B und C ihre Erbschaftsanteile an einen dieser Erben (oder an einen Dritten), so erwächst für den Erbschaftskauf eine Gebühr von 3 ‰ aus 20 000 (oder 30 000 Mk.) = 60 (oder 90 Mk.), daneben noch die Eigentumsänderungsgebühr infolge des Erbschaftskaufvertrages mit 2 vom Hundert, wiederum 600 Mk., also 960 (oder 990) Mk. statt wie oben 900 Mk.

7. Sehr schwierig ist die Frage nach der **Verteilung** der Eigentumsänderungsgebühr aus dem Werte des unbeweglichen Nachlaßvermögens unter die Erben zu beantworten. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 19. Oktober 1903 (Bd. 25 S. 34) entschieden, daß für die Gebührenbewertung aus Art. 249 des GebG. beim Erbübergang selbst die Erbanteile (Erbquoten?) zugrunde zu legen sind. Diese Anschauung führt jedoch zu keinem befriedigenden Ergebnisse, weil, wie oben dargetan, gerade wie bei der offenen Handelsgesellschaft auch bei der Erbengemeinschaft infolge der Anrechnungen und Vorempfänge (entweder kraft Gesetzes oder kraft Anordnung des Erblassers) Erbquote und Wert des Anteils sehr verschiedenartig sich gestalten können, und, wer zu 1/3 Erbe geworden ist, nicht immer 1/3 des reinen Rücklaßwertes als Erbe zugeteilt verlangen kann. Befriedigen würde vielmehr nur eine Bestimmung (oder Gesetzesauslegung), daß die beim Erbübergang anfallende Eigentumsänderungsgebühr von der Erbengemeinschaft als solcher geschuldet wird und daher als Nachlaßschuld bei der Verteilung in Abzug zu kommen hat. Wirtschaftlich würde dann die Gebühr immer nach Verhältnis des Wertes des Anteils an dem reinen Nachlaßvermögen bei der Auseinandersetzung getragen. Das würde aber dann nicht hindern, daß bei der **Berechnung** der aus der Erbmasse zu erhebenden Eigentumsänderungsgebühr die für Verwandte eintretende Gebührenbefreiung und Gebührenermäßigung nach den Erbquoten berücksichtigt wird.

8. Ganz besonders unverständlich wird beim Erbschaftskaufvertrage dem Laien die Tatsache sein, daß die infolge des Erbschaftskaufes (im Falle der gleichzeitigen Vereinigung des gesamten Rücklasses in einer Hand) erwachsende Eigentumsänderungsgebühr berechnet aus dem ganzen unbeweglichen Nachlaßvermögen gemäß Art. 249 Abs. 1 GebG., der **Erbschaftskäufer allein** als „neuer Eigentümer" zahlen muß.

Dies wird bei Erbschaftskaufverträgen in den wenigsten Fällen der Absicht der vertragschließenden Teile entsprechen, die wohl regelmäßig des Willens sind, daß alle auf die Erbschaftsvertragsurkunde und aus deren Anlaß erwachsenden Gebühren gemeinschaftlich nach Kopfteilen getragen werden. Dieser Wille, wenn er im Vertrage nicht Ausdruck gefunden hat, nützt aber nichts und es wird ganz besonders Sache der Notare sein, der von den Parteien nicht gewollten einseitigen Zuteilung der Gebührenlast auf den Erbschaftskäufer durch vertragsmäßige Abmachungen entgegenzuwirken.

Zur Auslegung und Anwendung des § 35 StPO.

Von Amtsrichter **Dr. Doerr** in München.

Gerichtliche[1]) Entscheidungen, welche — sei es in der Hauptverhandlung oder in einem richterlichen Termine — in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, werden ihr — einschließlich der Begründung (§ 34 StPO.) — nach § 35 StPO. durch Verkündung seitens des Richters (Löwe-Hellweg, Komm. § 35 N. 8) bekannt gemacht; die Bekanntmachung anderer, d. h. nicht in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergangener, gerichtlicher Entscheidungen erfolgt durch Zustellung. Diese Vorschrift regelt nur die **Art und Weise** der rechtsförmlichen Bekanntmachung gerichtlicher Entscheidungen, läßt aber im übrigen die Fragen, **welche** gerichtliche Entscheidungen und **inwieweit** sie der förmlichen Bekanntmachung überhaupt bedürfen und welche Personen als von einer Entscheidung „betroffen" anzusehen seien, unberührt und überläßt die Beantwortung dieser Fragen im allgemeinen der Doktrin und der Praxis (cf. Löwe-Hellweg, l. c. N. 2). Einzelne Fälle sind allerdings von der StPO. besonders geregelt, z. B. daß Beschlüsse auf Außerverfolgungsetzung dem Angeschuldigten (sc. durch Zustellung) „bekannt zu machen" sind (§ 202 Abs. 3), daß Beschlüsse über die Eröffnung des Hauptverfahrens dem Angeklagten zuzustellen (§ 214), daß Urteile stets zu verkünden (§§ 267, 315),

[1]) S. Ueberschrift zum 4. Abschnitte des 1. Buches der StPO.

außerdem in gewissen Fällen auch zuzustellen sind (§§ 230 ff., 268, 323, 357 Abs. 2, 383 Abs. 2, 440, 476), daß Strafbefehle zugestellt werden (§ 449), daß im Falle des § 101 Abs. 1 nur eine formlose „Benachrichtigung" der Beteiligten, keine förmliche „Bekanntmachung" erfolgt, daß bei Abwesenheit des Beschuldigten (§ 329) eine bloße „Benachrichtigung" stattfinden darf, aber nicht stattzufinden braucht, daß bisweilen eine öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben ist (§§ 326, 333), daß nach § 107 auf Verlangen nur eine formlose „schriftliche Mitteilung" von der Durchsuchung zu machen und in §§ 172 Abs. 1 und 195 Abs. 3 nur eine formlose „Inkenntnissetzung" verlangt ist. Auch die bayer. Justiz-Ministerial-Bekanntmachung vom 29. August 1879, die vereinfachten Zustellungen und die einfachen Mitteilungen im Strafverfahren betr. (JMBl. S. 554 ff., insbes. S. 555), hat in Ziff. 2 nur die Fälle von „Mitteilungen" (§§ 101 Abs. 3, 107), „Benachrichtigungen" (§§ 101 Abs. 1, 191 Abs. 3, 223 Abs. 1, 232 Abs. 3, 329 Abs. 2, 390 Abs. 1, 438 Abs. 2), „Inkenntnissetzung" (§§ 130, 168 Abs. 2, 172 Abs. 1, 195 Abs. 3), „Namhaftmachung" (§ 221) und „Aufforderung" (§§ 87 Abs. 1, 110 Abs. 3) im Strafverfahren als solche erwähnt, für welche eine förmliche Zustellung nicht vorgeschrieben ist, soweit überhaupt eine Bekanntmachung richterlicher Entscheidungen in Frage steht. Daß die „Bekanntmachung" des Zwecks der Durchsuchung nach § 106 Abs. 2 (Löwe-Hellweg § 106 N. 6) und die „Eröffnung" nach § 114 Abs. 3 a. E. über das dem Verhafteten zustehende Beschwerderecht an keine Form gebunden sind (Löwe-Hellweg § 114 N. 5, Stenglein, Komm. ibid. N. 4), leuchtet ohne weiteres ein. — Aber abgesehen von diesen, zum Teil selbstverständlichen Spezialvorschriften, in denen die vorwürfige Frage begründeten Zweifeln nicht wohl begegnet, entscheidet von Fall zu Fall das Ermessen des Gerichts, ob eine richterliche Anordnung oder Verfügung das rechtliche Interesse der Beteiligten oder anderer Personen außerhalb des Gerichts berühre. (So Ullmann, Lehrb. d. deutsch. Strafprozeßrechts 1893 S. 282.) Außer der Staatsanwaltschaft ist natürlich der Beschuldigte Haupt-„Beteiligter" beim Strafprozeß; aber noch andere rechtlich anerkannte Interessenten können — wie angedeutet — in Betracht kommen.

Nach der Praxis des Reichsgerichts sind unter den Entscheidungen i. S. des § 35 alle im Strafverfahren vorkommenden richterlichen Anordnungen einschließlich der bloß prozeßleitenden Verfügungen des Gerichtsvorsitzenden zusammengefaßt: RGE. II. v. 6. April 80, Entsch. i. StrS. I. S. 345, Rspr. I. 543. Zu den Entscheidungen, deren Bekanntmachung nach der in § 35 vorgeschriebenen Form notwendig ist, gehören insbesondere auch Beschlüsse über Ablehnung von Beweisanträgen (RGE. II. v. 16. Dez. 79, E. I. S. 35, R. I. 156; I. v. 15. April 80, E. I. S. 366, R. I. 604) und von Vertagungsanträgen (RGE. II. v. 13. Mai 92, E. XXIII. S. 136), sowie Beschlüsse über Entbindung des Angeklagten von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung (RGE. II. v. 28. Januar 87, E. XV. S. 202, R. IX. 96); in letzterwähntem Urteil ist weiter ausgeführt, daß grundsätzlich jede Entscheidung, die über einen Antrag befindet, dem Betroffenen jedenfalls dann zuzustellen (oder überhaupt nach § 35 bekannt zu machen) ist, wenn sein weiteres Verhalten im Verfahren davon abhängt, ob dem Antrage stattgegeben ist oder nicht.

Ferner ist der richterliche Haftbefehl — nicht der staatsanwaltschaftliche nach § 489 Abs. 1 StPO. oder von dem Amtsrichter gemäß § 489 Abs. 3 erlassene Haftbefehl, dessen Zustellung nicht erforderlich ist (Stenglein § 489 N. 2; vgl. auch RGE. IV. v. 4. Juni 86, R. VIII. 424) — eine Entscheidung, die dem Beschuldigten nach § 35 rechtsförmlich bekannt zu machen ist; auch ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 114 Abs. 3 unterläge dies keinem begründeten Zweifel.[1]) Freilich wird dies in der Praxis vielfach nicht beachtet, indem dem Verhafteten, wenn er nach § 115 durch den Richter gehört wird, auch der in seiner Abwesenheit ergangene (früher erlassene) Haftbefehl, dessen Bekanntmachung gemäß § 35 Abs. 2 durch Zustellung erfolgen sollte, lediglich verkündet, also mündlich eröffnet wird; das ist ungenügend (cf. Löwe-Hellweg § 35 N. 7, § 114 N. 4, Stenglein § 35 N. 5) und wäre nur dann nicht zu beanstanden, wenn der Verhaftete auf förmliche Zustellung des Haftbefehls verzichtete. Stenglein § 114 N. 1, 3 geht zu weit, wenn er verlangt, daß unter allen Umständen, auch im Falle der Verkündung des in Anwesenheit des Beschuldigten ergangenen Haftbefehls, eine Abschrift zuzustellen sei.

Auch die in Abwesenheit der Beschuldigten ergehenden Beschlüsse über die „Anordnung oder Fortdauer der Untersuchungshaft" (§§ 205 Abs. 2, 214), sowie die Haftfristverlängerung nach § 126 Abs. 2 (bekanntlich der einzige Fall, daß eine gesetzliche Frist erstreckt werden kann) bedürfen nach dem unzweideutigen Willen des Gesetzes strenge genommen der Bekanntmachung durch Zustellung. Was namentlich die Haftfristverlängerungsbeschlüsse nach § 126 Abs. 2 anlangt, so beschränkt sich die Praxis, wie sie überhaupt diesen Beschlüssen natürlich nur formelle Bedeutung beimißt, weshalb die kommende Strafprozeßreform mit Recht diese Haftfristverlängerungen beseitigen wird, meistens darauf, dem Verhafteten formlos und mündlich durch den Gerichtsschreiber oder Gefängniswärter von der Tatsache der Haftverlängerung Kenntnis zu geben.

---

[1]) Dagegen ist ein in Abwesenheit der Beteiligten ergangener Beschluß, wonach der staatsanwaltschaftliche Antrag auf Verhaftung ꝛc. ꝛc. abgelehnt wird, nur der Staatsanwaltschaft zuzustellen; der Beschuldigte ist von einem derartigen Beschluß nicht „betroffen".

Vielfach wird aber auch diese einfachste, der Vorschrift des § 35 freilich nicht gerecht werdende und nur im Falle eines Verzichts auf rechtsförmliche Bekanntmachung bedenkenfreie Form der Eröffnung ganz unterlassen, und das ist um so bedenklicher, als der Verhaftete doch großes und rechtlich begründetes Interesse daran hat, authentisch zu erfahren, ob die als vorläufige Maßregel gedachte und sich zunächst nur auf eine Woche erstreckende Verhaftung fortdauere. Die Geschäftsbelastung vieler Gerichte erheischt allerdings Geschäftsvereinfachung; allein diese darf unter keinen Umständen in der Außerachtlassung und Umgehung der Kautelen bestehen, die das Gesetz dem Beschuldigten gewähren wollte und deshalb angeordnet hat.

Zur Behandlung des Zubehörs in der Zwangsversteigerung.

Von **Theodor von der Pfordten.**

(Schluß.)

2. Wird eine Einstellung des Verfahrens für das Zubehör allein als zulässig anerkannt, so muß auch dem betreibenden Gläubiger die Befugnis zugestanden werden, durch seine Willenserklärung eine solche herbeizuführen. Denn sonst käme er in die schon geschilderte unerfreuliche Lage, sich auf einen Rechtsstreit einlassen zu müssen, den er selbst für zwecklos hält. Freilich unterliegen Sachen, die nicht dem Schuldner gehören, nicht der Beschlagnahme und daher auch nicht eigentlich der Verfügungsgewalt des betreibenden Gläubigers. Aber sie bilden doch einen Teil der Versteigerungsmasse. Und kann diese der betreibende Gläubiger — was meines Wissens nicht bestritten wird — dadurch verringern, daß er einer Verfügung des Schuldners über ein der Beschlagnahme unterliegendes Zubehörstück zustimmt, so daß es für die Versteigerung nach § 55 nicht mehr in Betracht kommt, so muß es erst recht zulässig sein, daß er eine Sache aus der Masse ausscheidet, bezüglich deren es zweifelhaft ist, ob sie überhaupt der Vollstreckung unterliegt. Das in der Beschlagnahme liegende, zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkende Veräußerungsverbot schützt die dinglich Berechtigten als solche nicht. Sie können sich daher auch nicht darüber beschweren, daß eine Sache, deren Zugehörigkeit zu der von der Beschlagnahme umfaßten Masse nicht sicher feststeht, zunächst nicht versteigert wird. Sie könnten es ja auch nicht einmal hindern, daß der betreibende Gläubiger in dem Rechtsstreite nach § 771 ZPO., in dem der Streitgegenstand seiner Verfügung untersteht, es zu einem Anerkenntnis- oder Versäumnisurteile kommen und dieses rechtskräftig werden läßt.[1])

[1]) Auf solche Weise kann es zu einer unvorteilhaften Loslösung eines Zubehörstücks auch dann kommen, wenn man die Vorschläge von Levis annimmt.

Uebrigens werden die Hypothekgläubiger, die etwa bei der Versteigerung des Grundstücks ganz oder mit einem Teil ihrer Forderung durchfallen, durch die teilweise Einstellungsbewilligung nur selten zu Schaden kommen. Sie erleiden einen solchen jedenfalls dann nicht, wenn sich die Ansprüche des Dritten als objektiv begründet erweisen. Ist dies nicht der Fall und kommt es zu gesonderter Verwertung des Zubehörstücks, so haben sie nochmalige Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse; bleibt diese aber aus — sei es nun, daß der Gläubiger die rechtzeitige Fortsetzung des Verfahrens hinsichtlich des Zubehörstücks unterläßt, oder daß er in der Grundstücksversteigerung mit dem ganzen Anspruche zum Zuge kommt — so bleibt ihnen nach einer zwar nicht durchweg gebilligten aber vom Reichsgericht geteilten Meinung der Gegenstand, der nicht mitversteigert wurde, verhaftet und die Möglichkeit eigener Vollstreckung in ihn gewahrt.[1])

Man könnte vielleicht auch noch die Rechte der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden, im geringsten Gebote stehenden Hypothekgläubiger für gefährdet erachten. Auch dieses Bedenken dürfte aber bei näherer Betrachtung verschwinden. Wird das Verfahren fortgesetzt und steigert — was vielfach der Fall sein wird — der Ersteher des Grundstücks auch das Zubehörstück ein, so werden im Hinblick auf § 1120 BGB. ihre Rechte an diesem in keiner Weise geschmälert. Steigert ein Dritter die Sache ein und entfernt er sie vom Grundstück, so wird freilich die dingliche Haftung gemäß § 1121 BGB. aufgehoben. Eine solche Erscheinung kann jedoch nicht nur im Falle einer teilweisen Einstellung des Verfahrens zutage treten, sondern auch bei gewöhnlichem Verlaufe vorkommen, falls der betreibende Gläubiger — wozu er, wie erwähnt, befugt ist — die Veräußerung und Fortschaffung eines Zubehörstücks erlaubt. Sie ist eine natürliche Folge der beschränkten Wirkung der Beschlagnahme und des Umstands, daß nach § 1121 BGB. der Hypothekgläubiger eine völlige Sicherung gegen das Freiwerden von Zubehörstücken nur dadurch erreichen kann, daß er selbst mit der Zwangsvollstreckung vorgeht.

Es wäre schließlich noch der Gestaltung zu gedenken, daß es zu einer Fortsetzung des Verfahrens hinsichtlich der ausgeschiedenen Sache nicht kommt. Bei dieser Sachlage steht nichts im Wege, anzunehmen, daß die dinglich Berechtigten ebenso wie die ausgefallenen Gläubiger ihre Pfandrechte an dem im Eigentume des Schuldners verbliebenen Zubehör behalten. § 1120 BGB. ist für eine gegenteilige Ansicht nicht zu verwerten; er schreibt nur vor, daß Zubehör nicht unter den Hypothekenverband tritt, wenn es nicht dem Eigentümer des

[1]) Vgl. Jäckel 2. Aufl. S. 245 Bem. 1 Abs. 2 und RG. in ZS. Bd. 55 S. 414 ff., a. M. insbesondere Fuchs im Zentralbl. f. f. G. 1905 S. 161 ff., vgl. auch Maenner, Sachenrecht 2. Aufl. S. 375 Anm. 36.

Grundstücks zufällt, bestimmt aber nichts über das Erlöschen der dinglichen Haftung an einem früher der Hypothek unterworfenen Gegenstande; dieses wird durch §§ 1121, 1122 BGB. geregelt, deren Voraussetzungen hier nicht vorliegen, weil eine Veräußerung oder eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht stattgefunden hat.[1])

Bei der Zwiespältigkeit der Meinungen hinsichtlich der Fortdauer dinglicher Rechte werden freilich die Hypothekgläubiger, wenn sie ganz sicher gehen wollen, gut tun, dem Verfahren beizutreten, solange es im ganzen oder hinsichtlich des Zubehörstücks noch anhängig ist. Der eingestellte Teil des Verfahrens muß dann ohne weiteres für sie fortgesetzt werden und der Dritte muß wiederum zur Wahrung seiner Rechte das Erforderliche vorkehren. Wer keine Vollstreckungsmöglichkeit hat, ist allerdings einer Gefährdung ausgesetzt, aber keiner größeren, als sie die Vorschrift des § 1121 BGB. für ihn mit sich bringt.

3. Wir dürfen sonach eine teilweise Einstellung auf Bewilligung des betreibenden Gläubigers für zulässig halten. Der Notar ist — um auf die bayerischen Verhältnisse zurückzugreifen — zu der Entgegennahme einer derartigen Erklärung und zu ihrem Vollzuge befugt (§ 30 ZwVG., Art. 25 Abs. 2 AG. zum ZwVG.). Er wird sonach, wenn der Gläubiger die „Freigabe" beweglicher Sachen erklärt, sich zunächst vergewissern müssen, ob hiermit wirklich eine Einstellungsbewilligung gemeint ist. Trifft dies zu, so wird er einen Beschluß auf teilweise Einstellung erlassen; im Versteigerungstermine wird er zweckmäßigerweise genau bekannt geben, welche Gegenstände durch ihn von der Versteigerung ausgenommen worden sind. Soweit dem Verfasser bekannt, haben die bayerischen Notare bisher vielfach in den fraglichen Fällen den Zuschlag „mit Ausschluß der freigegebenen Sachen" erteilt. Hiergegen ist wohl nichts zu erinnern, soferne der „Ausschluß" vor Beginn des Bietgeschäfts unzweideutig kundgegeben wurde. Es handelt sich dann um eine teilweise — nach § 86 ZwVG. als einstweilige Einstellung wirkende — Versagung des Zuschlags. Immerhin möchte dem System des ZwVG. das oben angedeutete Verfahren besser entsprechen.[2])

III.

Es wird nunmehr zu untersuchen sein, ob und inwieweit die erörterten Grundsätze Geltung auch für den Fall beanspruchen können, daß die Freigabe beweglicher Sachen erst nach dem Beginne des Bietgeschäftes, insbesondere zwischen dem Schlusse des Versteigerungstermines und der Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag erfolgt. Die oben mehrfach zur Unterstützung der Beweisführung herangezogene Verfügungsgewalt des betreibenden Gläubigers muß, wenn einmal ein zuschlagsfähiges Gebot vorliegt, Beschränkungen erleiden; denn der Ersteher würde geschädigt, wenn ohne sein Wissen der betreibende Gläubiger dem Schuldner die Erlaubnis zu einer Veräußerung mithaftender Sachen erteilen würde und er nun diese nach dem Zuschlag nicht zurückfordern könnte.[1]) Die Möglichkeit einer teilweisen Einstellungsbewilligung wird jedoch nicht der nämlichen Einengung zu unterwerfen sein; könnte ja doch auch bis zum Zuschlag die Einstellung jederzeit durch gerichtliche Anordnung herbeigeführt werden, und dient doch die Bewilligung in den Fällen, von denen wir hier ausgehen, gerade dazu, eine derartige gerichtliche Anordnung überflüssig zu machen. Man darf auch nicht nach dem Eintritt einer Anwartschaft des Erstehers auf den Eigentumserwerb dem betreibenden Gläubiger zumuten, einen Rechtsstreit mit einem Dritten auszufechten, dem er gern aus dem Weg gehen möchte. Anderseits soll aber auch der Ersteher in seinen berechtigten Erwartungen nicht betrogen werden.

Man wird daher annehmen müssen, daß bei einer teilweisen Einstellungsbewilligung auf Grund einer „Freigabe" von Zubehörstücken die in diesem Zeitpunkt etwa schon gelegten Gebote hinfällig werden, weil sie unter anderen als den nunmehr maßgebenden Versteigerungsbedingungen abgegeben worden sind, und daß mit dem Ausbieten wieder von vorne angefangen werden muß. Folgerecht ist, wenn nach dem Schlusse der Versteigerung aber vor der Verkündung der Entscheidung die teilweise Einstellungsbewilligung an den Versteigerungsbeamten gelangt, der Zuschlag im Hinblick auf § 33 ZwVG. ganz zu versagen.[2]) In den Gründen ist der Sachverhalt entsprechend zum Ausdruck zu bringen. Die Versagung wirkt dann als Einstellung (§ 86 ZwVG.); dem betreibenden Gläubiger bleibt es unbenommen, die Fortsetzung zu beantragen, und zwar wird man ihm freistellen müssen, auch nur eine teilweise Fortsetzung zu erwirken, so daß es hinsichtlich der vom Dritten beanspruchten Sachen vorläufig bei der Einstellung sein Bewenden hat.

Der Einstellungsbewilligung eine verschiedene Wirkung beizulegen, je nachdem sie vor oder nach

---

[1]) Anders liegt die Sache nur bei einer Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 ZwVG., weil diese nach § 91 Abs. 3 Satz 2 wie eine Befriedigung des Gläubigers wirkt.

[2]) Es drängt sich noch die Frage auf, ob denn nicht auch eine teilweise Aufhebung des Verfahrens durch Zurücknahme des Versteigerungsantrags hinsichtlich einzelner Sachen zulässig ist. Sie soll hier, damit sich der Umfang der Abhandlung nicht zu sehr vergrößert, beiseite gelassen werden. Man wird regelmäßig auch mit der bloßen Einstellung durchkommen, da sie nach § 31 Abs. 2 Satz 1 ZwVG. immer zur Aufhebung führen kann.

[1]) Vgl. Herold im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsb. IV S. 290 f.

[2]) Das Erkenntnis des Oberlandesgerichts Kiel (Rechtspr. d. OLG. VI. 430) wird zu billigen sein.

dem Schlusse der Versteigerung erfolgt, läßt sich durch innere Gründe nicht rechtfertigen. § 56 ZwVG. fordert m. E. die verschiedenartige Behandlung nicht und zwingt nicht dazu, den Zuschlag hinsichtlich des einen Teils der Versteigerungsmasse zu erteilen und hinsichtlich des anderen zu versagen. Freilich überwälzt er die Gefahr in Ansehung der beweglichen Sachen vom Schlusse der Versteigerung an auf den Ersteher und spricht diesem einen Anspruch auf Gewährleistung ab. Dabei dürfte aber wohl nur an Untergang oder Verschlechterung, nicht an die Ausscheidung einzelner Sachen durch prozessuale Vorgänge gedacht sein. Es ist angezeigt, seine den Ersteher immerhin ziemlich streng behandelnde Vorschrift, soweit möglich, eng auszulegen. Zudem schreibt § 56 gar nichts darüber vor, inwieweit eine Einstellungsbewilligung abgegebene Gebote hinfällig macht. Daß unter Umständen dem Meistbietenden an der Ausscheidung eines geringwertigen Zubehörstücks nicht viel liegt, es ihm vielleicht sogar lieber wäre, wenn er wenigstens den Zuschlag ohne dieses erhalten würde, kann nicht irre machen. Da man nicht die für den Einzelfall wechselnde Willensmeinung des Meistbietenden maßgebend sein lassen kann, so ist es rätlich, zu dem geringeren, der Verbesserung fähigen Uebel, der Versagung des Zuschlags, zu greifen. Der Meistbietende hat dann beim Fortgange des Verfahrens immer noch die Gelegenheit, das Grundstück — wohl noch billiger — wieder einzusteigern, während er von dem einmal erteilten Zuschlag nicht mehr loskommt.[1])

Da sich bekanntlich fast über jede nicht im Gesetze glatt gelöste juristische Frage endlos streiten läßt und schlechthin unanfechtbare Lösungen nicht denkbar sind, darf man auch die soeben geschlossenen Ausführungen nicht dahin verstehen, daß der Verfasser alle weiteren Zweifel für unangebracht ansehe. Es war ihm hauptsächlich darum zu tun, einen kleinen Beitrag für die Stellungnahme der Praxis in Bayern zu liefern. Eines dürfte aber wohl dem Leser klar geworden sein, daß man nämlich ganze Reihen schwieriger Fragen streifen muß, wenn man einen verhältnismäßig einfachen Tatbestand aus dem Gebiete des ZwVG. untersuchen will.

[1]) Dagegen kann der Ersteher nicht geschützt werden, daß ein Dritter ein Zubehörstück, das er als sein Eigentum betrachtet, noch in dem Zeitraum zwischen dem Schlusse der Versteigerung und dem Zuschlag ohne Zustimmung des betreibenden Gläubigers aus dem Besitze des Schuldners wegschafft. Dann trifft eben das von § 55 Abs. 2 geforderte Merkmal nicht mehr zu. Anderseits bleibt es aber dem Ersteher, wie schon früher erwähnt, unbenommen, die Zurückgabe der beseitigten Sache durch Klage zu erzwingen, indem er die Ansprüche des Dritten bestreitet und behauptet, daß sie bis zum Zuschlag im Eigentum des Schuldners gestanden sei.

Mitteilungen aus der Praxis.

Wirkung der Vereinbarung zwischen Hypothekgläubiger und Ersteher über das Fortbestehen einer im Zwangsversteigerungsverfahren erloschenen Hypothek (§ 91 Abs. 2, 3 ZwVG.). Das Kammergericht hat in einem Beschluß vom 6. Juli 1905 (OLG. Rspr. 11, 127; ZBlFG. 6, 478) zu der wichtigen Frage Stellung genommen, welche Wirkung eine in der Zwangsversteigerung zwischen Hypothekgläubiger und Ersteher getroffene Vereinbarung, daß eine durch den Zuschlag erloschene Hypothek am Grundstück bestehen bleiben solle, in Ansehung der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung hat. Es hat sich der in Wolffs Komm. zum ZwVG. (Anm. 3, 4 zu § 91), mit ausführlicher Begründung auch von Linckelmann (JW. 03, 336) sowie von Lafrenz (Sächs. A. 12, 78) vertretenen Ansicht angeschlossen, wonach zufolge einer solchen Vereinbarung mit der dinglichen Haftung grundsätzlich auch die persönliche Verbindlichkeit ohne weiteres auf den Ersteher übergeht, indem der Vereinbarung zugleich auch die Bedeutung einer Schuldübernahme durch Vertrag des übernehmenden Erstehers mit dem Gläubiger im Sinne des § 414 BGB. beigelegt wird. Die praktische Bedeutung der Frage rechtfertigt ein näheres Eingehen auf sie, zumal die Ansicht des KG. nicht nur mit der zahlreicher Bearbeiter des ZwVG., sondern auch mit der Entscheidung des OLG. Dresden vom 13. Mai 1904 (Rspr. 9, 140) im Widerspruch steht.

Das KG. stützt seine Entscheidung namentlich auf folgende Gründe. Da die Vereinbarung des Fortbestehens der Hypothek wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke wirke und der bisherige persönliche Schuldner also befreit werde, so würde, falls die Vereinbarung nicht ohne weiteres und grundsätzlich die Folge hätte, daß an die Stelle des bisherigen persönlichen Schuldners ein anderer, nämlich der übernehmende Ersteher, trete, die Hypothek ohne eine zugrunde liegende persönliche Schuld bestehen, d. h. sie würde sich in eine Grundschuld verwandeln. Eine solche Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld *für den Gläubiger* kenne aber das BGB. nicht, sie widerspreche auch dem Willen des Gläubigers, der ja eben das unveränderte Fortbestehen der Hypothek wolle, und sei vom Gesetzgeber, der diese Umwandlung mit keinem Worte erwähne, offenbar nicht beabsichtigt. Es sei deshalb anzunehmen, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, die Vereinbarung des Bestehenbleibens der Hypothek bilde der Natur der Sache nach zugleich die vertragliche Grundlage für die Uebernahme der persönlichen Schuld, womit auch die in den Motiven zum ZwVG. gegebene Begründung für die Vorschrift des § 91 Abs. 3 ZwVG. und namentlich die Bezugnahme auf § 116 des früheren preußischen Gesetzes, welches ebenfalls eine Fortdauer der dinglichen und persönlichen Haftung aus der Hypothek in der Person des Erstehers vorgesehen habe, übereinstimme.

So bestechend die Entscheidung des KG. durch die einfache und anscheinend sachgemäße Lösung der Frage wirken mag, so wird ihr doch nicht zuzustimmen sein. Zunächst spricht gegen die Ansicht des KG. die Erwägung, daß die ganze aus praktischen Rücksichten hervorgegangene Bestimmung des § 91 Abs. 2 ZwVG. grundsätzlich für die Regelung der einschlägigen

Rechtsverhältnisse die Vereinbarung des Erstehers und Gläubigers als maßgebend hinstellt; eine Absicht des Gesetzgebers, die Freiheit dieser Vereinbarung auf Regelung des dinglichen Rechtsverhältnisses zu beschränken und den Beteiligten in Ansehung des persönlichen Schuldverhältnisses durch Statuierung des Rechtssatzes, daß die Vereinbarung des Bestehenbleibens einer Hypothek stets auch Uebernahme der persönlichen Verbindlichkeit bedeute, die Hände zu binden, ist weder aus dem Gesetz selbst noch aus seinen Motiven zu erkennen. Eine solche Absicht des Gesetzgebers ist auch umsoweniger anzunehmen, als die Regelung der obligatorischen Rechtsbeziehungen im allgemeinen außerhalb des Rahmens des ZwVG. liegt und nur in einzelnen Fällen, wie z. B. im § 53, wo das Interesse des Subhastaten eine Regelung auch des persönlichen Schuldverhältnisses erfordert, in das Gesetz einbezogen ist. Die Motive erwähnen auch ausdrücklich als Wirkung der Zahlung und demgemäß auch als Wirkung der insoweit der Zahlung gleichgestellten, das Erlöschen des dinglichen Rechtes ausschließenden Vereinbarung den Wegfall der persönlichen Verbindlichkeit (Mot. zu § 139 unter II 3) und, wenn das KG. diese Bemerkung der Motive dahin auslegt, es sei damit nur das Erlöschen in der Person des bisherigen Schuldners, nicht aber der Untergang der persönlichen Forderung überhaupt gemeint, so kann diese Auslegung nicht als ungezwungen angesehen werden. Der Mangel jedes Hinweises auf den vom KG. aufgestellten Rechtsgrundsatz ist zum mindesten ebenso auffallend, wie die vom KG. betonte Nichterwähnung der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld im Falle des Erlöschens der persönlichen Schuld. Hierzu kommt aber noch, daß die Annahme eines durch stillschweigende Schuldübernahme erfolgenden Eintritts des Erstehers an Stelle des Subhastaten in das im übrigen unverändert bleibende Schuldverhältnis nicht in allen Fällen möglich ist. Haftet z. B. der Subhastat für die persönliche Forderung mit mehreren anderen zusammen als Gesamtschuldner, so werden, da die Vereinbarung des Fortbestehens der Hypothek gemäß § 91 Abs. 3 ZwVG. wie die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke wirkt, durch diese Vereinbarung die übrigen Gesamtschuldner befreit (§ 422 BGB.). Von einer Schuldübernahme des Erstehers kann also nicht mehr die Rede sein, da das Gesamtschuldverhältnis erloschen ist und daraus nur noch die eventuellen Regreßansprüche des Subhastaten an die übrigen Gesamtschuldner sich ergeben. Es kann nur in Frage kommen, ob der Ersteher mit der Vereinbarung des Fortbestehens der Hypothek auch eine persönliche Schuldverbindlichkeit eingegangen ist, für die er als Alleinschuldner haftet (vgl. §§ 780, 126 BGB.). Eine solche Belastung des Erstehers wird man aber keinesfalls grundsätzlich in der Vereinbarung finden können; ob eine dahingehende Absicht der Vertragschließenden anzunehmen ist, kann nur von Fall zu Fall geprüft und entschieden werden. Es sind ferner Fälle denkbar, in denen der vom KG. als grundsätzliche Folge der Vereinbarung des Fortbestehens der Hypothek statuierte Uebergang der persönlichen Verbindlichkeit durchaus der Absicht der Kontrahenten zuwiderläuft. Wenn z. B. der Ersteher mit dem Gläubiger einer im Zwangsversteigerungsverfahren zum Teil ausgefallenen Hypothek, für die der Ersteher persönlich als Bürge haftet, vereinbart, die Hypothek solle auch insoweit, als sie durch das Meistgebot nicht gedeckt wird, bestehen bleiben,[1]) geleitet von der Erwägung, daß er durch diese freiwillige Mehrbelastung des ersteigerten Grundstücks sich von der Haftung aus der Bürgschaft befreie und einen Zugriff des Gläubigers auf sein übriges Vermögen vermeide, so würde die nach der Rechtsauffassung des KG. trotzdem eintretende Fortdauer der persönlichen Schuld zu einer empfindlichen Beeinträchtigung seiner Interessen führen.

Aus allen diesen Gründen ist es richtiger, für die Frage, ob neben dem dinglichen Recht auch die persönliche Verbindlichkeit in der Person des Erstehers fortbesteht oder ob die persönliche Verbindlichkeit erlischt, den Willen der Kontrahenten entscheidend sein zu lassen und einen Uebergang der persönlichen Haftung des Schuldners auf den Ersteher nur dann anzunehmen, wenn die konkreten Umstände einen solchen Willen der Vertragschließenden erkennen lassen.[2]) Bei dieser Auffassung ergibt sich auch eine einfache Lösung einer Frage, zu der das KG. keine Stellung nimmt und über welche die Anhänger seiner Ansicht uneinig sind,[3]) nämlich der Frage, ob die nach Ansicht des KG. stets anzunehmende Uebernahme der persönlichen Verbindlichkeit durch den Ersteher abweichend von § 417 BGB. den Wegfall der Einreden aus dem bisherigen Schuldverhältnisse mit sich bringt oder ob diese Einreden dem Ersteher erhalten bleiben. Eine befriedigende Lösung dieser Frage läßt sich unserer Ansicht nach vom Standpunkt des KG. aus kaum gewinnen; wohl aber ergibt sich die Lösung ohne Schwierigkeit, wenn man den dargelegten Standpunkt des OLG. Dresden teilt, denn dann kommt es eben auch insoweit auf die Auslegung des aus den konkreten Umständen zu ermittelnden Willens der Beteiligten an.

Die Bedenken, welche das KG. gegen die im Falle der Nichtübernahme der persönlichen Verbindlichkeit durch den Ersteher eintretende Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld geltend macht, entspringen aus einer Ueberschätzung der Bedeutung dieser Umwandlung, die doch nur als Ueberleitung in eine einfachere Form desselben einheitlichen dinglichen Rechtes anzusehen ist.[4]) Auch die vom KG. angestellte Erwägung, daß eine analoge Anwendung der im BGB. enthaltenen Bestimmungen über Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld auf den vorliegenden Fall um deswillen bedenklich sei, weil bereits der I. Entwurf des ZwVG. im § 139 im wesentlichen gleichbedeutende Bestimmungen wie das geltende Gesetz im § 91 Abs. 2, 3 enthalten habe, andererseits aber nach den §§ 1094 ff. des I. Entwurfes des BGB. im Falle des Uebergangs der Hypothek auf den Eigentümer die persönliche Forderung mit übergegangen sei und die Eigentümerhypothek die Eigenschaft einer Hypothek behalten habe, dürfte nicht ausschlaggebend sein. Denn auch der I. Entwurf des BGB. kannte eine vertragliche Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld,

[1]) Was von der herrschenden Meinung mit Recht für zulässig erachtet wird, vgl. von der Pfordten in Nr. 11 dieser Zeitschrift 1905, S. 255 ff.

[2]) So u. a. Jäckel, Reinhard, Turnau-Förster und OLG. Dresden in der oben zitierten Entscheidung.

[3]) Vgl. Linckelmann a. a. O. gegen Wolff.

[4]) Vgl. Planck, Vorbem. zum 8. Abschn. des 3. Buches des BGB. unter Nr. 3.

und eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf unseren Fall konnte damals um so mehr unbedenklich erscheinen, als ja auch hier eine im Anschluß an eine Vereinbarung der Beteiligten eintretende Umwandlung in Frage stand.

Verfehlt ist es schließlich, wenn das KG. gegen unsere Ansicht ins Feld führt, wenn man einmal als Folge der Vereinbarung des § 91 das Erlöschen der persönlichen Forderung und die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld annehme, könne auch die zur Verhinderung dieser Folge für geeignet erachtete besondere Abrede der Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Ersteher in Wahrheit die genannte Wirkung nicht haben; „denn würde die Uebernahme vor der in Rede stehenden Vereinbarung festgesetzt, so würde dennoch durch die nachfolgende Vereinbarung die persönliche Schuld, auch soweit der Ersteher in sie eingetreten ist, erlöschen, und würde im Anschluß an die Vereinbarung oder gar erst einige Zeit später die Uebernahme der persönlichen Schuld festgesetzt, so würde die Uebernahme gegenstandslos sein, da die persönliche Schuld bereits durch die Vereinbarung zum Erlöschen gebracht war." Ebenso gut wie durch die Vereinbarung des § 91 das an sich bereits mit dem Zuschlag eingetretene Erlöschen des dinglichen Rechts ausgeschlossen wird, kann auch die Wirkung dieser Vereinbarung in Ansehung der persönlichen Schuld durch die vertragsmäßige Festsetzung ihres Fortbestehens im Verhältnis des Erstehers zum Hypothekgläubiger modifiziert werden.

Landrichter Lindemann in Köslin.

Berichtigung oder Berufung? Zu § 320 ZPO. Kläger hatte gegen den Beklagten eine Gesamtforderung von 300 Mk., die sich aus verschiedenen einzelnen kleineren Posten a, b, c, d . . . zusammensetzte. Beklagter machte eine Gegenforderung von 50 Mk. geltend. Erstrichter hat nun zwar der Klage stattgegeben, jedoch die beiden Posten b und c nicht als Klagsposten, sondern aus Versehen zusammen mit der Gegenforderung zu 50 Mk. als Aufrechnungsposten des Beklagten behandelt. Er hat ausdrücklich im Tatbestand des Urteils festgestellt, daß dies Forderungen des Beklagten seien, und hat sie auch weiterhin irrigerweise als solche behandelt. Kläger erhielt demnach, da die Klage an sich begründet war, um den Betrag der beiden Klagskosten b + c zu wenig zugesprochen und außerdem noch gemäß § 92 Abs. 1 ZPO. einen Teil der Kosten überbürdet. Kläger hat gegen dieses Urteil 14 Tage nach Zustellung Berufung eingelegt und diese ausschließlich auf die Unrichtigkeit im Tatbestand und die im Zusammenhang damit stehende, dem wahren Sachverhalt nicht entsprechende Entscheidung gestützt. Diese Berufung ist aus formellen Gründen als unzulässig zu verwerfen. Der Berufungskläger stützt sich unmittelbar auf eine Unrichtigkeit im Tatbestand des erstrichterlichen Urteils. Da diese nicht unter § 319 ZPO. fällt, so stand ihm zur Beseitigung der auf einem Versehen des Erstrichters beruhenden Unrichtigkeit das Berichtigungsverfahren gemäß § 320 ZPO. offen. Während aber im Falle des § 319 ZPO. anerkanntermaßen die Partei anstatt einen Antrag auf Berichtigung zu stellen auch durch Berufung (JW. 1897 S. 286 Nr. 6) oder Revision, soweit diese Rechtsmittel zulässig sind, die Berichtigung herbeiführen kann (Gaupp, 7/8. Aufl. Bd. I § 319 Nr. II S. 722 u. a.), ist dies im Falle des § 320 ZPO. ausgeschlossen. Die Berufung kann nicht zu einer Berichtigung des Tatbestandes der Vorinstanz führen. Und eine Partei, welche den rechtzeitigen Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes unterlassen hat, kann in der höheren Instanz nicht mehr mit der Behauptung gehört werden, daß der Tatbestand unrichtig sei (Entsch. d. RG. Bd. IV S. 368). Es ist demnach, wie aus dieser Entscheidung klar hervorgeht, ausgeschlossen, die Berufung auf eine solche Unrichtigkeit des Tatbestandes zu stützen. Im gegebenen Falle würde, wenn das Berichtigungsverfahren rechtzeitig eingeleitet und durchgeführt worden wäre, sich folgende Rechtslage ergeben haben: Der berichtigte Tatbestand hätte mit der Urteilsformel und den Entscheidungsgründen nicht mehr übereingestimmt, was der Zulässigkeit der Berichtigung jedoch nicht im Wege stand (vgl. Entsch. d. RG. vom 1. März 1893 im JW. 1893 S. 197 Nr. 8); gemäß § 320 Abs. 5 hätte eine Aenderung der übrigen Teile des Urteils von dem Berichtigungsgericht nicht vorgenommen werden können. Dieser Widerspruch zwischen Tatbestand und Entscheidung kann nunmehr nur noch durch ein Rechtsmittel, hier durch Berufung gehoben werden (eine Ergänzung des Urteils nach § 321 kann nicht in Betracht kommen, da deren Voraussetzungen hier nicht gegeben sind). Vorausgesetzt ist dabei, daß der bereits berichtigte Tatbestand dem Berufungsgericht vorliegt, wie überhaupt nur mehr dieser für das höhere Gericht maßgebend ist, weshalb auch, wenn z. B. ein Berichtigungsverfahren noch anhängig ist, zunächst über die Berichtigung zu entscheiden ist. Auch hieraus geht hervor, daß die Berufung sich nicht auf eine Unrichtigkeit im Tatbestand stützen kann, da eben für die Berufungsverhandlung nur die Inkongruenz zwischen berichtigtem Tatbestand und ursprünglicher Urteilsformel oder ursprünglichen Entscheidungsgründen von Bedeutung ist. Kläger kann zwar, vorausgesetzt, daß die einwöchige Frist des § 320 Abs. 1 und 2 nicht versäumt ist, auch nach solcher unzulässiger Berufungseinlegung noch den Antrag auf Berichtigung stellen; es ist dann die Verhandlung der Sache bis zur Erledigung des Berichtigungsverfahrens zu vertagen (Gaupp a. a. O. S. 723 f.). Im gegebenen Falle jedoch kann der Berufungskläger sein Versehen wohl nicht mehr gut machen, da er die Frist versäumt hat und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich ist, da es sich zwar in § 320 um eine gesetzliche, aber nicht um eine Notfrist handelt (Entsch. d. RG. vom 30. April 1885 in JW. 1885 S. 217 Nr. 1), der Gegner aber kaum in eine Verlängerung der Frist einwilligen würde (§ 224 ZPO.). Wir kommen demnach im allgemeinen zu folgendem Ergebnis: Die Berufung kann nicht auf eine Unrichtigkeit im Tatbestand gestützt werden; dagegen ist sie zulässig, um Urteilsformel und Entscheidungsgründe mit dem berichtigten Tatbestand in Einklang zu bringen; auch nach eingelegter Berufung kann der Antrag auf Berichtigung noch gestellt werden, wenn die für diesen Antrag vorgesehene gesetzliche einwöchige Frist noch nicht abgelaufen ist oder mit Zustimmung des Gegners verlängert werden kann; in diesem Falle ist dann zunächst die Entscheidung über die Berichtigung abzuwarten.

Rechtspraktikant Dr. jur. Herbst in Nürnberg.



Unterbrechung der Untersuchungshaft durch die Vollstreckung kurzer Haftstrafen. Polizeihaft. — Die Dauer der Untersuchungshaft vor Erhebung der öffentlichen Klage darf gemäß § 126 StPO. bei Verbrechen und Vergehen höchstens 4 Wochen betragen. Wenn die Untersuchungshaft durch die Vollstreckung von Haftstrafen unterbrochen wird, so dürfte daran kein Zweifel bestehen, daß der Amtsrichter, der den Haftbefehl erlassen und die Haftfrist bereits auf 4 Wochen ausgedehnt hat, auf staatsanwaltschaftlichen Antrag die Dauer der Haftfrist um die Dauer der vollstreckten Strafe verlängern muß. Denn der Staatsanwalt hat sozusagen einen Anspruch auf eine reine Untersuchungshaft von 4 Wochen. Trotzdem werden solche Anträge dann und wann von Amtsrichtern mit der unzutreffenden Hinweisung auf Löwe Note 7 zu § 126 StPO. abgelehnt. So angenehm es nun auch in manchen Fällen sein mag, durch die Vollstreckung von Haftstrafen für die Vorbereitung der Klage eine längere als 4wöchige Frist zu gewinnen, so empfiehlt es sich doch nicht, von einer solchen Unterbrechung der Untersuchungshaft, die von dem Amtsrichter, der den Haftbefehl erlassen hat, bewilligt werden muß, öfter Gebrauch zu machen. Gegen die Unterbrechung sprechen folgende Gründe: 1. Die Vollstreckung solcher kurzer Strafen bedeutet in gewisser Beziehung einen Eingriff in die Rechte des über die Untersuchungssache erkennenden Gerichtes. Nur dieses Gericht hat darüber zu befinden, ob dem Angeklagten die Untersuchungshaft angerechnet werden soll oder nicht. Angenommen, A. befindet sich bis zur Erlassung des Urteils 2 Monate in Haft, es werden während dieser 2 Monate 6 Wochen Haft vollstreckt: das Gericht würde, auch wenn sich A. 2 ganze Monate in Untersuchungshaft befunden hätte, ihm keine Untersuchungshaft angerechnet haben; in diesem Falle würde durch die Vollstreckung der 6 Wochen doch bewirkt, daß dem A. diese Zeit wenn auch auf eine andere Strafe angerechnet wird. — 2. A. und B. befinden sich in Untersuchungshaft. Wird gegen A. eine Strafe vollstreckt, so ist das eine ungerechte Bevorzugung gegenüber B., eine Besserstellung des öfter Bestraften gegenüber dem weniger Bestraften. Wenn gegen einen Untersuchungsgefangenen eine Haftstrafe vollstreckt wird, so müßte dies billigerweise bei allen geschehen, die solche Haftstrafen zu verbüßen haben. — 3. Die Kontrolle wird erschwert. Gerade bei kurzen Haftstrafen wird die Umschreibung in den Gefängnisbüchern leicht übersehen und es wird der Häftling leicht nicht rechtzeitig aus der Strafhaft wieder in Untersuchungshaft genommen. Die vollstreckende Behörde, die oft eine ersuchte Behörde ist, macht sich dadurch verantwortlich. — 4. Bei Fällung des Urteils, das eine Anrechnung der Untersuchungshaft ausspricht, wird oft übersehen, daß die Untersuchungshaft durch die Vollstreckung einer Strafe unterbrochen war. Ich habe erst kürzlich von einem solchen, auch sonst nicht uninteressanten Fall gehört. Der Schweizer N. war aus dem Deutschen Reiche ausgewiesen. Er kehrte im Juli 1905 zurück und arbeitete im August, September und Oktober in M. Anfangs November wurde er in R. aufgegriffen und in Untersuchungshaft genommen. Er befand sich bis zur Fällung des Urteils 4 Wochen in Haft, jedoch wurden in dieser Zeit 3 Wochen Haft vollstreckt. Das Schöffengericht sprach ihn von der Uebertretung des § 361 Nr. 2 StGB. frei, da die Verjährung mit dem Tage der Rückkehr beginne. Der Amtsanwalt legte Berufung ein. Das Bezirksamt behielt N. in Polizeihaft! Das Berufungsgericht verurteilte N. zu 3 Wochen Haft (wegen fortgesetzter Uebertretung keine Verjährung) und sprach aus, daß diese Haft durch die Untersuchungshaft, die 4 Wochen gedauert habe, verbüßt sei! — N. wurde trotzdem wieder nicht freigelassen, da das Bezirksamt gebeten hatte, ihn für den Fall einer Freisprechung neuerlich in Polizeihaft zu behalten. Nun stellte sich heraus, daß er nur 1 Woche in Untersuchungshaft war. Eine Anfechtung des Urteils mit Revision war nicht möglich, da es sich um einen tatsächlichen Irrtum des Gerichts über die Dauer der Untersuchungshaft handelte. N. wurde dann als Polizeihäftling über die Grenze verschubt. Man ist versucht, den Irrtum gerecht zu nennen, da man doch bezweifeln kann, ob die Polizeihaft dazu dienen darf, einen Freigesprochenen bis zur Fällung des Berufungsurteils festzuhalten. Die Polizeihaft wird auf diese Weise zu einer Untersuchungshaft, die an keine gesetzliche Schranke gebunden ist und insbesondere deswegen abzulehnen ist, weil sie auf eine zu erkennende Strafe nicht angerechnet werden kann.

III. Staatsanwalt Dr. Klimmer in Traunstein.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Wesen des Erbvergleichs. Form eines solchen. Die Kläger sind mit der Beklagten darüber in Streit geraten, wer gesetzlicher Erbe einer verstorbenen Verwandten geworden sei. Zur Beilegung schlossen die Beteiligten am 8. September 1903 folgenden privatschriftlichen Vergleich: „1. Die Unterzeichneten erkennen sich gegenseitig als alleinige Erben an. 2. Sie vereinbaren, daß ein jeder Erbe 1/9 des Nachlasses erhalten soll. Sie bitten um Ausstellung eines Erbscheines und Anberaumung eines Ausschüttungstermins.“ Das Nachlaßgericht erachtete die Beklagte trotz dieses Vertrages als Alleinerbin und erteilte ihr als solcher Erbschein. Die Kläger beanspruchten nun von ihr auf Grund des Vergleichs je 1/9 der Erbschaft. Die Klage wurde von den Vorinstanzen abgewiesen. Die Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Die Revision meint, bei Schließung des Vertrags vom 8. Sept. 1903 sei den Beteiligten eine Veräußerungsabsicht ferne gelegen, weil nur derjenige einen Veräußerungswillen haben könne, der etwas seiner Meinung nach zweifellos habe. Das dem Vertrage zugrunde liegende Geschäft sei nicht obligatorisch sondern deklaratorisch-dinglich gewesen, die Beteiligten hätten dadurch ihr gegenseitiges Recht im Wege eines keiner Form bedürfenden Vergleichs (§ 799 BGB.) anerkannt. Diese Angriffe gehen fehl. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren die Beteiligten bei der Schließung des Vertrags im Zweifel, wer von ihnen gesetzlicher Erbe sei. Das Berufungsgericht hat ihn dahin ausgelegt: Der Wille der Vertragschließenden ging dahin, daß die Erbschaft ohne Rücksicht darauf, wem sie angefallen sei, nach gleichen Teilen verteilt werden solle; wer Erbe geworden sei, übernehme die Verpflichtung, den andern je 1/9 zuzuwenden. Insbesondere solle die Beklagte, falls sie Erbin sei, verpflichtet sein, jedem der übrigen 1/9 zu übertragen. Demgemäß erblickt

es in dem Abkommen einen obligatorischen, auf Veräußerung von Bruchteilen der Erbschaft gerichteten Vertrag. Diese Annahme ist nicht zu beanstanden. Die Revision rügt ferner Verletzung des § 779 BGB.: weil ein Vergleich formlos geschlossen werden könne, habe es der durch §§ 2371, 2385 Abs. 1 BGB. vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Urkunde nicht bedurft. Dieser Angriff ist unbegründet. Der erste Entwurf schrieb allerdings für die durch ein obligatorisches Geschäft erfolgende Veräußerung einer Erbschaft keine besondere Form vor. Die zweite Kommission hielt aber eine solche wegen der Wichtigkeit des Geschäfts für erforderlich. Hiernach ist es nicht ausschlaggebend, daß für Vergleiche nach § 779 BGB. keine besondere Form vorgeschrieben ist; auch der Kaufvertrag ist in der Regel an eine Form nicht gebunden, wohl aber der Erbschaftskauf. Wenn daher der Vergleich als solcher keiner Form bedarf, so kann doch die Rechtsänderung, die durch ihn herbeigeführt werden soll, die Beobachtung erforderlich machen. Hier betraf die Rechtsänderung die Veräußerung von $^{8}/_{9}$ der Erbschaft. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht die Vorschriften der §§ 2371, 2385 BGB. angewendet und darauf hingewiesen, daß das BGB. für eine im Wege eines außergerichtlichen Vergleichs vereinbarte Veräußerung einer Erbschaft eine dem Falle des § 782 BGB. entsprechende Befreiung von der Formvorschrift nicht festsetzt (Urt. des IV. ZS. vom 19. Okt. 1905). — — — n.

416

II.

Verbindung der Scheidungsklage mit der Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Aus den Gründen: Die Revision meint, daß die Scheidungsklage der Frau als unzulässig hätte abgewiesen werden müssen, weil sie hiermit eventuell die Herstellungsklage verbunden habe. Es ist aber grundsätzlich nicht unstatthaft, mit der an erster Stelle erhobenen Scheidungsklage für den Fall der Abweisung die Herstellungsklage zu verbinden. Hiermit gibt der Klagende nur zu erkennen, daß er zur Fortsetzung des ehelichen Lebens bereit sein werde, wenn der Richter die Scheidungsgründe nicht als stichhaltig anerkenne. Zur Lebensgemeinschaft aber verpflichtet ihn ohnedies das Gesetz, falls ihm nicht Scheidungsgründe zur Seite stehen oder falls das Herstellungsverlangen von der anderen Seite nicht mißbräuchlich erhoben ist (§ 1353 BGB.). Höchstens könnte der Umstand, daß der Klagende in einem Hilfsantrage selbst die Herstellung des ehelichen Lebens in Aussicht nimmt, dazu verwertet werden, die Ehezerrüttung (§ 1568) zu verneinen. Das ist Tatfrage. Die von der Revision angezogene Entsch. d. RG. in ZS. Bd. 31 S. 200 betrifft einen anderen Tatbestand. (Urt. d. IV. ZS. v. 16. Okt. 1905.) — — — n.

405.

III.

Umfang der Rechtskraft eines Urteils, das eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens abweist. Kläger beantragte, die Beklagte zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verurteilen. Beklagte beantragte Abweisung, weil das Verlangen mißbräuchlich sei. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Mit der Revision verlangt Kläger eventuell, daß die Klage „als zurzeit unbegründet" abgewiesen und ihm „das Recht auf neue Klage vorbehalten" werde. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Revision hat unter Hinweisung auf die Vorschriften der ZPO. über die Rechtskraft (§§ 322 ff.) und die Entsch. d. ver. ZS. d. RG. v. 12. Okt. 1903 (Bd. 55 S. 345) ausgeführt, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht ohne den eventuell beantragten Zusatz zur Urteilsformel bestehen bleiben könne. Denn sonst sei rechtskräftig für alle Zeiten festgestellt, daß Kläger keine Wiederherstellung des ehelichen Lebens fordern könne und es werde unzulässigerweise eine lebenslängliche Trennung der Gatten eingeführt. Das ist irrig, weil die Rechtskraft hier solche Wirkungen nicht hat. Allerdings kann der abgeurteilte Tatbestand nicht nochmals dem Richter unterbreitet werden. Da aber die Ehe weiter besteht, ist dem Kläger, der in dem vorliegenden Rechtsstreit ein mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht zu vereinigendes Verlangen gestellt hat, die Möglichkeit einer Sinnesänderung nicht zu verschließen. Sollte er später der Beklagten Gewähr bieten, daß er in der ernstlichen Absicht, das eheliche Leben aufzunehmen, ihre Rückkehr fordert, so würde einer solchen auf eine andere Sachlage gestützten Klage die Einrede der Rechtskraft nicht entgegenstehen (vgl. Entsch. in ZS. 52 S. 325). (Urt. d. IV. ZS. vom 6. Nov. 1905.) — — — n.

415

IV.

Zu § 1300 BGB. Begriff der Unbescholtenheit. Beweislast für diese. Bestimmtheit der zu beweisenden Tatsachen bei der Eideszuschiebung (§ 451 ZPO.).

Aus den Gründen: 1. Das Berufungsgericht geht davon aus, der Beklagte habe die Bescholtenheit der Klägerin zu beweisen. Das ist irrig. Nach der Fassung des § 1300 BGB. ist die Unbescholtenheit der Verlobten eine Voraussetzung des dort gewährten Anspruchs, so daß denjenigen die Beweislast trifft, der den Anspruch erhebt. Der Nachweis der Unbescholtenheit ist allerdings solange nicht erforderlich, als keine Anzeichen für ihren Mangel vorliegen. Sobald aber Tatsachen vorliegen, die eine Bescholtenheit herbeiführen können, muß die Klägerin dartun, daß sie unbescholten geblieben ist.

2. Der Berufungsrichter hat gegen § 1300 BGB. auch dadurch verstoßen, daß er den Nachweis einer Bescholtenheit verlangte. Nicht schon die Frauensperson, gegen die der Nachweis der Bescholtenheit nicht erbracht werden kann, ist entschädigungsberechtigt, sondern nur diejenige, deren Unbescholtenheit anzunehmen ist. Die Unbescholtenheit fordert Unversehrtheit der Geschlechtsehre und zwar gleichmäßig in allen Ständen und Klassen (vgl. Entsch. in StS. 37 S. 95). Daß geschlechtliche Ausschreitungen einem weiteren Kreise bekannt geworden sein müßten, ehe angenommen werden könnte, die Geschlechtsehre sei nicht unversehrt, ist nicht zu fordern. Auch wer nur im engen Kreise oder bei einzelnen bescholten ist, kann die Bezeichnung „unbescholten" nicht beanspruchen. Eine ganz andere Frage ist die, ob derjenige, der eine Frau verführt und sich dann mit ihr verlobt, aus seiner eigenen unsittlichen Handlung einen Einwand gegen die Entschädigungsforderung herleiten kann (vgl. RG. in ZS. 52 S. 46). Hier hängt die Entscheidung nicht hiervon ab. Es steht fest, daß die Klägerin, bevor sie den Beklagten kennen lernte, mit einem anderen mehrmals den Beischlaf vollzogen hat. Regelmäßig wird eine freiwillige Vollziehung des Beischlafs dazu führen müssen, der Frau die Unbescholtenheit abzusprechen. Immerhin sind Umstände denkbar, die die Annahme gestatten, ein Mädchen habe trotz der Verführung die Geschlechtsehre unversehrt erhalten. Solche sind aber hier nicht festgestellt.

3. Die Eideszuschiebung darüber, ob die Klägerin mit „anderen Männern" geschlechtlich verkehrt habe, ist nach § 451 ZPO. mit Recht für unzulässig erklärt worden. Aber die Eideszuschiebung darüber, die Klägerin habe, bevor sie den Beklagten kennen lernte, „mit einem Leutnant, von dem sie ihm selbst erzählt", verkehrt, ist mit Unrecht zurückgewiesen worden. Die Tatsache, über die der Eid geleistet werden soll, ist hier bestimmt genug bezeichnet. (Urt. des IV. ZS. vom 2. Nov. 1905.) — — — n.

401

V.

Zu §§ 193, 477 BGB. Verjährungsfristen gehen auch an Feiertagen zu Ende.

Gründe: Der Vorderrichter hat gegenüber dem Wandelungsanspruch des Klägers insoweit, als er nicht auf die Arglist des Verkäufers sich gründet, die Einrede der Verjährung nach § 477 BGB. für durchgreifend erachtet. Er hat dabei erwogen, daß der Tag, an dem die Verjährungsfrist ablief, nämlich entweder der 31. März 1904 als Gründonnerstag oder der 1. April 1904 als Charfreitag, nach den in der Provinz Schl.-H. geltenden Bestimmungen ein staatlich anerkannter allgemeiner Feiertag war; er führt jedoch aus, daß dieser Umstand für die Verjährung der am 2. April 1904 zugestellten Klage ohne Einfluß sei, weil die Vorschrift des § 193 BGB. auf Verjährungsfristen nicht anzuwenden sei. Die Revision hat Bedenken hiergegen nicht erhoben und es liegen solche auch nicht vor. Insbesondere ist § 193 BGB. unanwendbar, weil er nur Termine und Fristen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, nicht aber Verjährungsfristen im Auge hat. (Urt. V 327 vom 7. Februar 1906.)

420 — — — r.

B. Strafsachen.

I.

Ist eine Eröffnungsbilanz geboten, auch wenn zur Zeit des Beginns des Geschäftsbetriebs aktives oder passives Vermögen nicht vorhanden ist? § 240 Abs. 1 Nr. 4 KO., § 39 HGB.

Aus den Gründen: Durch die Eröffnungsbilanz soll die Lage des Vermögens zur Zeit der Geschäftseröffnung ersichtlich gemacht werden. § 39 HGB. führt an, was alles zu diesem Zwecke in sie aufgenommen werden muß. Sind einzelne der im § 39 bezeichneten Vermögensbestandteile oder sind Schulden nicht vorhanden, so muß dies aus der Bilanz hervorgehen; wenn im Augenblicke des Beginnes des Geschäftsbetriebes kein aktives oder passives Vermögen existiert, so ist dieser Umstand durch die Bilanz festzustellen. Letzteres ergibt sich auch aus der Erwägung, daß es offenbar nicht zulässig ist, aus dem Fehlen der Eröffnungsbilanz einen Schluß auf den Stand des Vermögens dahin zu tun, es sei Vermögen überhaupt nicht vorhanden gewesen, daß sich aber dementsprechend auch aus der Tendenz des Gesetzes nicht folgern läßt, beim Mangel von Vermögen sei die Aufstellung der Eröffnungsbilanz kein gesetzliches Erfordernis (vgl. Rspr. Bd. IV S. 316, JW. 1890 S. 432). Hiernach war der Angeklagte hier, wo an Vermögen angeblich zur Zeit seines Geschäftsbeginnes nur ein ihm gehöriges Einlagekapital in ein anderes Geschäft vorhanden war, unter allen Umständen zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz verpflichtet und gegen das Unterlassen dieser Pflicht ist von der Strafkammer mit Recht der § 240 Abs. 1 Ziff. 4 KO. mit § 39 HGB. angewendet worden (Urt. d. I. StS. v. 28. Dez. 1905, 1 D. 430 05.)

425 B.

II.

Beschlagnahme im Sinne des § 137 StGB. Aus den Gründen: Der Gendarm G. hat bei dem Angeklagten ein frischgeschlachtetes und zerlegtes, rotlaufverdächtiges Schwein vorgefunden und ihm erklärt, er beschlagnahme es, verbiete jede Fortschaffung und ordne an, daß es liegen bleiben müsse, bis der Tierarzt komme. Mit Unrecht meint die Revision, daß mangels der Voraussetzungen der §§ 94 ff. StPO. eine wirksame Beschlagnahme nicht ausgeführt worden sei. Sie übersieht, daß die §§ 94 ff. nur die Beschlagnahme im Sinne der StPO. behandeln, aber nicht maßgebend sind für Beschlagnahmen, welche polizeiliche Maßregeln, namentlich präventiver Natur, und auch ohne Rücksicht auf die etwa eintretende Strafverfolgung erforderlich sind (Entsch. Bd. IX S. 121, Bd. XIII S. 44, Bd. XXI S. 47). Daß es sich hier um eine derartige polizeiliche Beschlagnahme handelte, zu welcher der Gendarm als polizeilicher Exekutivbeamter befugt war, kann nicht zweifelhaft sein. Es handelte sich zunächst um die Verhütung von Gefahren, welchen das Publikum durch Verwendung des gesundheitsschädlichen Fleisches ausgesetzt gewesen sein würde, also um eine im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt erforderliche Sicherheitsmaßregel, zu der die Polizei und ihre Organe befugt waren und für welche Förmlichkeiten nicht vorgeschrieben sind (vgl. Entsch. Bd. IX S. 121). Erwägt man, daß die Fortschaffung eines im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt dem Verkehr und der Verfügungsgewalt des Inhabers zu entziehenden Gegenstandes nicht immer sogleich zu bewirken sein wird, wie dies auch wohl hier der Fall war, so wird man im allgemeinen die Erklärung des Beamten, die Sache sei beschlagnahmt, der Verfügung des Inhabers entzogen und der der Polizeigewalt unterworfen, sie dürfe nicht fortgeschafft oder beseitigt werden, für ausreichend erachten müssen. Uebrigens fordert auch die Beschlagnahme von Ueberführungsstücken nach §§ 94 ff. StPO. einen an besondere Förmlichkeiten geknüpften Ausführungsakt insbesondere eine Besitzergreifung nicht (Entsch. Bd. XVIII S. 71). (Urt. d. I. StS. v. 25. Jan. 1906, 1 D 524/05.)

423 B.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Das Prozeßgericht darf nicht ohne weiteres die Verhandlung und Entscheidung dem Gericht des Aufenthaltsortes des zu Entmündigenden überweisen, es haben vielmehr besondere Umstände hinzuzukommen, die die Ueberweisung erforderlich erscheinen lassen. Das Gericht hat nach Vernehmung des Sachverständigen die Verhandlung und Entscheidung über die Entmündigung dem Amtsgericht überwiesen, in dessen Bezirk sich die zu Entmündigende in einer Anstalt befand. Dieses Gericht hat die Uebernahme abgelehnt, da infolge des bereits vorliegenden Gutachtens die persönliche Vernehmung durch einen ersuchten Richter erfolgen könne. Das Oberste Landesgericht hielt die Ablehnung für begründet.

Gründe: Nach dem Ergebnis des bisherigen Verfahrens darf angenommen werden, daß die Vernehmung durch einen ersuchten Richter zu dem nämlichen Ziele führen kann wie die Vernehmung durch das entscheidende Gericht. Die Vorschrift, daß die zu entmündigende Person unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen persönlich zu vernehmen ist, bezweckt die Erhöhung des Schutzes gegen voreilige und ungerechtfertigte Entmündigung (Mugdan, Mat. zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 8 S. 128, 129, 388); sie wird deshalb regelmäßig durch das entscheidende Gericht dann zu erfolgen haben, wenn dieses voraussichtlich erst durch die Vernehmung des zu Entmündigenden, durch den Augenschein, eine untrügliche, jeden Zweifel über dessen Geisteszustand ausschließende Grundlage für die Entscheidung gewinnen kann. In Fällen dieser Art läßt sich allerdings annehmen, daß es „mit Rücksicht auf die Verhältnisse des zu Entmündigenden erforderlich erscheint", die Verhandlung und Entscheidung dem Gericht zu überweisen, in dessen Bezirke der zu Entmündigende sich aufhält. Wenn aber, wie hier, begründete Zweifel über die Geisteskrankheit der zu entmündigenden Person nicht be-

stehen können, ihre persönliche Vernehmung also nicht mehr von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung sein kann, rechtfertigt sich die Vernehmung durch einen ersuchten Richter nach § 654 Abs. 2 ZPO. (Beschl. II. ZS. Reg. IV 2/1906 vom 17. Jan. 1906.)
400 R.

II.

Zur Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung an den Vormund bleibt das Vormundschaftsgericht auch nach Beendigung der Vormundschaft befugt. Das Vormundschaftsgericht hat dem Gegenvormund nach Beendigung der Vormundschaft eine Vergütung bewilligt. Das Landgericht hob auf die Beschwerde des Mündels die Verfügung auf, da das Vormundschaftsgericht nach der Beendigung der Vormundschaft nicht mehr befugt gewesen sei, eine Vergütung „festzusetzen". Der weiteren Beschwerde des Gegenvormundes wurde stattgegeben.

Gründe: Die Vormundschaft wird nach § 1836 Satz 1 BGB. unentgeltlich geführt. Der Vormund und der Gegenvormund haben nicht Anspruch auf angemessene Vergütung, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte die Gewährung einer Vergütung rechtfertigen, sie können nach Beendigung der Vormundschaft vom Mündel nicht deswegen Vergütung verlangen, weil die Umstände für die Gewährung sprechen. Eine Ausnahme kann nur vom Vormundschaftsgerichte zugelassen werden. Der Anspruch auf Vergütung wird durch die Verfügung des Vormundschaftsgerichts geschaffen, er entsteht durch die Bewilligung; zur Entrichtung der Vergütung ist der Mündel verpflichtet. Oft ist es zweckmäßig, die Entscheidung darüber, ob Vergütung bewilligt werden soll, bis zur Beendigung der Vormundschaft zu verschieben, und aus dieser folgt nicht die Ausschließung jeder ferneren Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts. Dieses kann nicht nachträglich in Angelegenheiten verfügen, deren Ordnung jetzt Sache des bisherigen Mündels ist, es hat aber eine Angelegenheit zu ordnen, die nur von ihm geordnet werden kann und deshalb durch die Beendigung der Vormundschaft nicht aufgehört hat, eine vormundschaftsgerichtliche Angelegenheit zu sein; insoweit ist trotz der Beendigung der Vormundschaft die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts noch nicht erledigt. Eine Angelegenheit dieser Art ist die Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung, die nur durch das Vormundschaftsgericht getroffen werden kann. (Beschl. I. ZS. Reg. III. 85/1905 v. 29. Dez. 1905.) R.
394

B. Strafsachen.

Bräuhausschenken. Der Angeklagte betreibt eine Brauerei in der Gemeinde L., zu der der Ort H. gehört, und zwar in H. Hier hatte er bis Juli 1905 die Bräuhausschenke, er verlegte sie aber in den Bezirk der Gemeinde G. an den Eisenbahnstationsort L. und schenkte daselbst ohne die gemäß § 33 GewO. erforderliche Konzession sein selbstgebrautes Bier aus. Er ging hierbei davon aus, Art. 9 lit. b Ziff. 1 des bayer. GewG. vom 30. Januar 1868 gestatte den Bräuern den Ausschank des eigenen Erzeugnisses zwar nur in einem einzigen hierfür bezeichneten Lokale — außer in ihren Lagerkellern —, räume ihnen aber das Recht der Wahl eines solchen ohne Beschränkung auf die Gemeinde des Brauereibetriebs ein. Die Worte des Art. 9 lit. b Ziff. 1 des bayer. Ges. vom 30. Januar 1868, das Gewerbswesen betr., nämlich „der Ausschank des eigenen Erzeugnisses bleibt den Brauern in einem hierfür bezeichneten Lokale und auf ihren Lagerkellern gestattet", lassen nicht entnehmen, ob das gewählte Schanklokal in der nämlichen Gemeinde liegen müsse wie der Ort des Bierbrauereibetriebs, wohl aber zwingt die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesvorschrift zur Bejahung (s. RG. Bd. 5 S. 131).

Nach § 72 der VO. vom 21. April 1862 (RegBl. S. 713) waren die konzessionierten Brauer zum Minutoverschleiße des Bieres in dem Brauhause befugt; doch konnte ihnen die Verleitgabe . . . auch in einer anderen Lokalität gestattet werden. Nach dem 1867 von der Regierung dem Landtage vorgelegten Entwurfe eines Gesetzes, das Gewerbswesen betr., sollte das Recht des Ausschanks von Bier vom Recht der Bierbrauerei getrennt werden. Den gleichen Standpunkt nahm der besondere Ausschuß der K. d. Abg. ein. Allein im Plenum wurde Art. 9 lit. b Ziff. 1 des Entwurfs in der Fassung angenommen, daß den Bräuern der Ausschank des eigenen Erzeugnisses gestattet bleibe. Da jedoch im Ausschusse der K. d. Reichsräte die Einräumung einer so weitgehenden Befugnis beanstandet wurde, stellte Graf von Montgelas im Plenum der K. d. Reichsräte den Antrag: „Den Brauern in ihren Brau- und Kellerlokalitäten den Ausschank des eigenen Erzeugnisses zu gestatten", da ihnen dieses Recht schon seither ohne Konzession eingeräumt gewesen sei, die Befugnis aber, überall ihr eigenes Fabrikat auszuschenken, zu weit gehe. Die K. d. Reichsräte nahm diesen Antrag an. Im Plenum der K. d. Abg. schlug der Berichterstatter vor, statt der Worte: „in ihren Braulokalitäten und Lagerkellern", die Worte zu setzen: „in einem hierfür bezeichneten Lokale und auf ihren Lagerkellern". Denn die Brauer hätten an manchen Orten ihre eigenen Braulokalitäten nicht mehr im Innern der Stadt, sondern außerhalb, sie hätten aber eigene Schanklokalitäten noch im Innern, und um die Bräuer hieran nicht zu hindern, sollten sie befugt sein, ein ihnen passendes Lokal zu bezeichnen. Niemand machte hierbei geltend, daß es gleichgültig sei, ob Bräuhaus und Schanklokal in der nämlichen Gemeinde lägen oder nicht. Obige Fassung wurde von der Kammer genehmigt und in das Gesetz aufgenommen. Aus dem Hinweis auf die Lage des Bräuhauses außerhalb der Stadt und auf die Lage der Schanklokalitäten „noch im Innern der Stadt" sowie auf die seitherige Regel der Vereinigung von Bräuhaus und Schanklokalität geht hervor, daß als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, daß beide Betriebsstätten innerhalb der nämlichen Gemeinde liegen. Gleiche Anschauung ist in der Entschl. des Ministeriums des Innern vom 15. Juni 1897 Nr. 3020 (Weber, Ges.- u. VOSamml. Bd. 24 S. 642) vertreten (vgl. v. Landmann-Rohmer, GewO. § 33 Note 5 lit. f). (Urt. v. 5. Jan. 1906, RevReg. 441/05.)
403 Mitg. v. BezA.-Assessor Dr. Schmidt im Min. d. Aeußern.

Oberlandesgericht München.

I.

Ausdrücklicher Auftrag zu unersichtlicher Pfändung Verzicht auf die Haftung des Gerichtsvollziehers befreit auch den Staat (§§ 808 ZPO., 839 BGB., Art. 60 AG. z. BGB.) Am 8. November 1901 pfändete der Gerichtsvollzieher zu R. im Auftrag der Firma Gebr. R. in Schw. auf Grund notariellen Schuldbekenntnisses bei dem Kaufmann B. in R. Waren im Schätzwerte zu 22900 Mk.; der Pfändung wohnte der Firmenteilhaber R. an. Am 12. November 1901 wurde über das Vermögen des B. Konkurs eröffnet; am 23. November 1901 wurde die Pfändung auf Einwendungen des Konkursverwalters für nichtig erklärt, weil sie nur durch einige versteckt angebrachte Pfandsiegel und Pfandanzeigen kenntlich gemacht war, wobei nicht einmal eine Feststellung der einzelnen Gegenstände erfolgte, sondern ganze Partien zusammengefaßt waren. Nach Rechtskraft dieses Beschlusses verklagte die Firma Gebr. R. den Fiskus auf 1600 Mk. als Teilbetrag des

Unterschieds von 17000 Mk. zwischen dem Pfandwert und der Konkursquote, weil der Gerichtsvollzieher durch die der ZPO. nicht entsprechende Pfändung seine Amtspflicht verletzt habe. Der Fiskus wendete ein, der bei der Pfändung anwesende Vertreter der Klagspartei sei vom Gerichtsvollzieher ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, daß eine heimliche, nicht nur der Kundschaft, sondern sogar dem Ladenpersonal unersichtliche Pfändung wirkungslos sei; der Vertreter habe aber erklärt, er bestehe auf solcher schonender und unauffälliger Pfändung, weil sie doch nur „pro forma" sei; letztere Wendung habe er auch bei der Pfändung selbst gegen die weinende Tochter des Schuldners gebraucht. Auf Verlangen des Gerichtsvollziehers habe der Firmenteilhaber R. sogar einen Revers unterzeichnet, worin er ausdrücklich erklärte, aus der mangelhaften Siegelanlage würden keine Regreßansprüche gegen den Gerichtsvollzieher erhoben werden. Uebrigens wäre die Pfändung unter allen Umständen wegen Anfechtbarkeit aus § 30 Nr. 2 KO. wertlos gewesen. Die Klagspartei entgegnete, der Gerichtsvollzieher habe nicht etwa bloß seine Mandats-, sondern auch seine Amtspflichten verletzt und es hafte hierwegen der Staat, da die Befolgung der Amtspflicht unverzichtbar sei. Der Entlastungsrevers beziehe sich auch nicht auf den Fiskus und es mangle jedenfalls dessen Annahmeerklärung. Uebrigens verstoße dieser Revers auch gegen § 138 BGB. und sei nichtig. Von einer „pro forma"-Pfändung sei nur insofern die Rede gewesen, als man nicht versteigern lassen wollte; eine Scheinpfändung sei nicht gemeint gewesen. Die Anfechtbarkeit nach der KO. werde bestritten. Das Landgericht München I wies die Klage ab, weil die Staatshaftung nach Art. 60 AG. z. BGB. nur insoweit eintrete, als der Gerichtsvollzieher selbst nach dem BGB. dem Gläubiger haften würde. Eine solche Haftung sei durch den Verzichtsrevers und deshalb ausgeschlossen, weil der Beamte sich dem ausdrücklichen Auftrage des Gläubigers unter Hinweisung auf die voraussichtliche Nichtigkeit gefügt habe. Damit habe er sich allerdings disziplinär verfehlt; aber die Klagspartei habe den erlittenen Schaden sich selbst zuzuschreiben. Der Revers sei auch keineswegs nichtig; denn auf die Haftung wegen Fahrlässigkeit könne nach BGB. § 276 Abs. 2 verzichtet werden. Einer Erwähnung des Fiskus im Revers habe es nicht bedurft, weil diesen ohnehin nur die an sich dem Gerichtsvollzieher obliegende Haftung treffe; die Erlassung letzterer gegenüber dem Gerichtsvollzieher komme sohin unmittelbar dem Fiskus zu gute. Uebrigens seien auch die Voraussetzungen der Konkursanfechtung vorgelegen und schon deshalb dem Gläubiger der behauptete Schaden nicht entstanden, da ihm hiernach auch eine gesetzentsprechende Pfändung kein Vorrecht verschafft hätte. Die Berufung der Klagspartei blieb erfolglos. Das OLG. billigte durchweg die Auffassung des Erstrichters insbesondere auch, daß, wenn der Gerichtsvollzieher bei vorschriftsmäßigem Verhalten die angesonnene Pfändung abgelehnt hätte, die Klagepartei überhaupt kein Pfandrecht gehabt hätte, also durch das nachgiebige Verfahren des Gerichtsvollziehers nicht geschädigt sein könne. Aus dem Verhalten des Vertreters der Klagspartei vor und bei der Pfändung müsse übrigens geschlossen werden, daß es ihm um die Durchführung der Pfändung gar nicht ernstlich zu tun gewesen sei, sondern nur um Abschreckung der übrigen Gläubiger und Gewinnung der zehntägigen Frist des § 30 KO.; die dortige Umkehrung der Beweislast erstrecke ihre Wirkung auch auf gegenwärtigen Prozeß. (Urt. v. 30. Oktober 1905; Ber.-R. L 103/05.) N.

390

II.

Zu § 91 Abs. 2 ZPO. Anwaltskosten bei Kollektivvollmacht. Der siegende Kläger hatte dem Rechtsanwalt A. und dessen Sohn Rechtsanwalt B. Kollektivvollmacht erteilt; auf Grund dieser haben A. und B. die Klage erhoben; die Vertretung in der mündlichen Verhandlung hat B. geführt. Im Laufe des Rechtsstreites ist A. gestorben, B. hat nach Erlassung des Urteils doppelte Anwaltsgebühren für Kläger liquidiert unter der Behauptung, der Kläger habe nur A. Prozeßvollmacht erteilen und B. nur als dessen Vertreter gelten lassen wollen, es sei daher nach dem Tode des A. in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eingetreten. Vom Landgerichte wurde nur die einfache Gebühr zugebilligt, die sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Wenn eine Partei, wie hier, zwei Anwälten zugleich Prozeßvollmacht erteilt, wird die Gebühr jedem gemäß § 2 GebO. f. RA. nur geschuldet, wenn beide gemeinschaftlich nebeneinander tätig werden sollten; in der Regel ist aber die Absicht der Vertragsteile nur auf Erledigung des Auftrags durch einen oder den anderen gerichtet und deshalb ist die Gebühr nur einmal zu entrichten, auch wenn die Anwälte in der Vertretung sich abgelöst haben. Selbst wenn die Partei die Prozeßgebühr den Erben des während des Rechtsstreits verstorbenen A. und dem B. je zum vollen Betrag schulden oder zahlen sollte, muß die Auslage für einen zweiten Rechtsanwalt vom Beklagten nicht erstattet werden, da wegen der Kollektivbevollmächtigung des A. und B. ein Wechsel in der Person des Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 91 Abs. 2 der ZPO. nicht notwendig war. Private Abmachungen, wie sie nach der Behauptung des Beschwerdeführers hinsichtlich der Berechtigung zur Gebühren-Einhebung zwischen A. und B. getroffen worden sein sollen, können an der gesetzlichen Verpflichtung des Klägers zur Zahlung und des Beklagten zur Erstattung nichts ändern. (Beschl v. 23. Juni 1905, B. R. 338/05.) W.

398

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Haftung von Stadtgemeinden wegen unterlassener Herstellung von Gemeindewegen. Der Kläger wollte in einer Dezembernacht aus der benachbarten Stadt in sein Dorf zurückkehren. Er benützte einen aus der Stadt auf die Landstraße führenden Pfad. Auf diesem Pfade, dessen eine gegen einen Graben abfallende Seite mit Schutzvorrichtungen (Geländer, Abweissteinen) nicht versehen, dessen Stützmauern sogar an mehreren Stellen gebrochen gewesen sein sollen, will er an einer der Bruchstellen abgestürzt und verletzt worden sein. Er begehrt auf Grund von § 823 BGB. von der Stadtgemeinde Schadenersatz, da sie die Herstellung des als Gemeindeweg zu erachtenden Pfades versäumt habe. Die Beklagte bestreitet, daß der Kläger auf dem Pfade gefallen sei und daß dieser ein Gemeindeweg sei. Sie bezeichnet ihn als sogen. „Faulpfad", der der Landstraße gegenüber etwas abkürze, bestreitet die Pflicht, die außerhalb der eigentlichen Stadt liegenden Pfade in gleicher Weise wie die städtischen Straßen zu beleuchten und zu unterhalten, und lehnt jede Haftpflicht ab, weil der Kläger stark betrunken gewesen sei. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Auch wenn der Kläger auf dem fraglichen Pfade in der Tat gefallen ist und wenn dieser Pfad in der Tat ein öffentlicher Gemeindeweg ist, so begründet das noch nicht die Haftung der Stadtgemeinde. So viel ist gewiß, daß zwischen den Straßen, Wegen und Pfaden einer Stadt in Bezug auf die Art und den Umfang ihrer Herstellung und Unterhaltung ein Unterschied stattfindet, daß insbesondere an den Zustand der am Außenkreise einer Stadt gelegenen Fußpfade nicht dieselben Anforderungen gestellt werden können, wie an die Straßenzüge der inneren Stadtteile. Das Vorhandensein

eines solchen Unterschiedes gibt der Kläger selbst insofern zu, als er das Verlangen einer Beleuchtung des Pfades nicht erheben zu können glaubt. Es kann aber von der Beklagten auch nicht verlangt werden, den Pfad, der an seinen Seiten keine Häuser hat, vielmehr ziemlich weit von solchen entfernt zwischen Gärten und Wiesen dahinläuft, gegen den Wassergraben zu mit Schutzvorrichtungen zu sichern. Verlangt werden kann eine Unterhaltung des Pfades, vorausgesetzt, daß er ein öffentlicher ist, insoweit als die Stadtgemeinde auf ihm befindliche Bruchstellen, Löcher und sonstige Gefährdungen des Verkehrs zu beseitigen hat. Ein Beweis dafür, daß zur Zeit des Unfalls der Pfad unterhöhlt, ausgebrochen oder sonst gefährlich zu begehen war, ist nicht erbracht, ebensowenig dafür, daß der Absturz an einer schadhaften Stelle erfolgt ist. Eine Fahrlässigkeit der Beklagten ist nicht ersichtlich. Auf jeden Fall aber ist das Verhalten des Klägers in so überwiegendem Maße Ursache des Unfalls, daß eine Schadensersatzpflicht der Beklagten gänzlich entfällt. Der Kläger war nicht gezwungen, den Pfad zu benutzen, da ihm die breite, beleuchtete Landstraße zu Gebote stand. Daß er gewußt hat, daß es außer dieser Verbindung noch die Landstraße gebe, muß schon um deswillen angenommen werden, weil ihm deren Existenz nicht verborgen bleiben konnte, wenn er nur einmal den Pfad betreten hat: er mußte ja, um auf ihn zu gelangen, von der bis dahin benutzten Straße abbiegen. War er zur Benutzung des Pfades nicht gezwungen, so kann er sich auf die Entscheidung des OLG. Dresden vom 21. Juni 1901 (Rücksichtnahme auf gebrechliche und auf trunkene Personen bei der Herstellung und Unterhaltung von Wegen; Recht V S. 539) nicht berufen, da diese gerade unterstellt, daß eine Notwendigkeit, ein Zwang zur Benutzung eines bestimmten Weges vorhanden ist. Wählte er trotz der Dunkelheit den Pfad, so mußte er eine gewisse Vorsicht anwenden, die um so größer sein mußte, als er den Pfad von mehrfacher Benutzung her kannte und also auch um ein Vorhandensein schadhafter Stellen wußte, ohne daß er aber eine außergewöhnliche Kraftentfaltung anzuwenden, in übertriebene Aengstlichkeit zu verfallen brauchte, die ihm — OLG. Dresden 16. Juni 1900 Recht V S. 175 — allerdings nicht zuzumuten wäre. Die Anwendung solcher Vorsicht war für den Kläger um so mehr geboten, als er beim Weggange aus der Stadt betrunken oder doch angetrunken und in Folge davon nicht fest auf den Beinen war. War er aber wegen seiner Angetrunkenheit etwa nicht mehr im Stande, vernünftige Erwägungen über die Wahl der für den Heimweg zu Gebote stehenden Wege anzustellen, dann hat er sich die Folgen davon selbst zuzuschreiben. (Urt. des I. ZS. v. 10. Okt. 1905).

361 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Unfallverhütungsvorschriften einer Berufsgenossenschaft als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Begriff von „Arbeiter" und Haftpflicht der Beschäftigungsgemeinde nach §§ 27, 146 LwUVersG. Der Kläger verunglückte als Arbeiter in dem landwirtschaftlichen Betriebe der Beklagten und verlangte für die ersten 13 Wochen nach dem Unfall Entschädigung. Strittig war, ob die Unfallverhütungsvorschriften der land- und forstwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB.) seien, und ob nicht die Gemeinde S. als Beschäftigungsgemeinde schadensersatzpflichtig sei.

Aus den Gründen: Der Erstrichter hat nach einer reichsgerichtlichen Entscheidung vom 25. Februar 1901 (Entsch. Bd. 48 S. 327) angenommen, daß § 823 Abs. 2 nicht anwendbar sei, weil die Unfallverhütungsvorschriften einer Berufsgenossenschaft kein Schutzgesetz seien; dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Die erwähnte Entscheidung verneint bloß die Eigenschaft eines Polizeigesetzes im Sinne des § 26 ALR. I 6. Sie kann auf § 823 Abs. 2 nicht angewendet werden und ist auch in einem Urteile des Reichsgerichts vom 18. November 1901 (JW. 1902 S. 12) nicht ausdrücklich auf ihn ausgedehnt worden. Daß die Unfallverhütungsvorschriften, welche auf Grund des § 120 LwUVersG. erlassen und vom Reichsversicherungsamt genehmigt sind, mit Gesetzeskraft bekleidete, gültige Normen und daher an sich Schutzgesetze sind, steht fest. § 823 Abs. 2 verlangt ein Gesetz, das den Schutz eines Andern bezweckt. Der Verletzte muß dem Kreise der Personen angehören, zu deren Sicherung das Schutzgesetz dienen soll (Endemann, Lehrb. d. BR. 8. Aufl. Bd. I § 200 Ziff. 3 c Note 31). Weil die Unfallverhütungsvorschriften zum Schutze der Arbeiter bestimmt sind, sind sie ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2.

Bezüglich der Haftpflicht der Gemeinde S. ist folgendes zu bemerken. Für die ersten 13 Wochen nach dem Unfall erhält der Verletzte von der land- und forstwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft keine Entschädigung; um ihn aber in dieser Zeit vor Not zu bewahren, sind ihm vom Gesetze zwei Hilfsquellen durch die §§ 27, 146 LwUVersG. eröffnet worden. In § 146 Abs. 1 a. a. O. ist bestimmt, daß, abgesehen von vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls, neben den Entschädigungsansprüchen aus der Unfallversicherung weitere Ersatzansprüche gegen den Unternehmer nicht bestehen (Trutzer-Reidel, LwUVersG. 3. Aufl. S. 349). Würde also für die ersten 13 Wochen von der Berufsgenossenschaft eine Unfallrente gewährt, so wäre der Klageanspruch nicht begründet. Da dies aber nicht der Fall, so haftet nach § 27 a. a. O. dem Arbeiter für die Kosten des Heilverfahrens in dem in § 6 Abs. 1 Ziff. 1 des KrankVersG. bezeichneten Umfange die Gemeinde, in deren Bezirk der Verletzte beschäftigt war. Diese Verpflichtung ist aber nur subsidiär; denn sie besteht nicht, insoweit die Verletzten auf Grund gesetzlicher Bestimmungen Anspruch auf eine gleiche Fürsorge haben oder nach § 136 des Ges. vom 5. Mai 1886 von der Versicherungspflicht befreit sind oder sich im Auslande aufhalten. Der Erstrichter hat die Anwendung des § 27 abgelehnt, weil der Kläger eine eigene Oekonomie betreibe und niemals Taglöhnerdienste verrichte, also Unternehmer und nicht Arbeiter sei. Diese Auffassung ist verfehlt. Der Ausdruck „Arbeiter" steht im Gegensatze zum Betriebsunternehmer und Betriebsbeamten; nur der Arbeiter hat Anspruch auf die in § 27 geregelte Fürsorge der Gemeinde. Unternehmer ist, wem das wirtschaftliche Ergebnis des Betriebes Vorteil oder Nachteil bringt; Betriebsbeamter ist, wer den Unternehmer in der Leitung des Betriebes vertritt oder unterstützt; alle anderen Personen, welche ständig oder vorübergehend, entgeltlich oder unentgeltlich dem Unternehmer Dienste leisten, sind diesem gegenüber Arbeiter im Sinne des § 27, wenn sie auch nebenher für sich ein eigenes, gewöhnlich kleines Betriebsunternehmen haben (Trutzer-Reidel a. a. O. § 27 Abs. 1 Anm. 2, Entsch. d. bayer. BGH. Bd. XIII S. 183; XVI S. 49, 203; XVII S. 175; XXI. S. 46. Entsch. d. RVA. Bd. VI S. 168, 308). Hier steht fest, daß der Kläger zwar eine eigene Oekonomie betreibt und insofern auch Betriebsunternehmer ist, daß er aber in dem Betriebe, in welchem er verunglückte, weder Unternehmer noch Betriebsbeamter war. Dieser Betrieb war für ihn ein fremder; er kann also nur als Arbeiter in Betracht kommen, die Haftpflicht der Gemeinde S. nach § 27 a. a. O. ist daher an sich gegeben; sie fällt aber ihrer subsidiären Natur entsprechend vorerst hinweg, weil dem Kläger auf Grund gesetzlicher Bestimmungen und zwar der §§ 618, 823 BGB. ein Anspruch auf eine gleiche Fürsorge gegen die Beklagte zusteht. In § 146 Abs. 3 a. a. O. ist

nämlich eine Ausnahmebestimmung bezüglich des in Abs. 1 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes dahin getroffen, daß dem Verletzten die auf gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Ansprüche auf Ersatz des in den ersten 13 Wochen nach dem Unfall erwachsenen Schadens gegen den als Arbeitgeber in Betracht kommenden Unternehmer vorbehalten bleiben, wenn nicht durch die Landesgesetzgebung oder durch statutarische Bestimmung eine den Vorschriften der §§ 6 und 7 des KrankVersG. bzw. der §§ 137 ff. des Ges. vom 5. Mai 1886 mindestens gleichkommende Fürsorge für den Verletzten getroffen ist oder dieser auf Grund des § 136 a. a. O. von der Krankenversicherungspflicht befreit ist. Da alle diese Ausnahmen hier nicht vorliegen, steht die primäre Haftpflicht der Beklagten fest. (Urt. v. 21. Okt. 1905 BR. 146/05.)

385 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Landgericht München I.

§ 15 EG. z. ZwVG. ist nicht nur Verfahrensvorschrift, sondern hat auch materiellrechtliche Bedeutung.[1]

Am 6. Februar 1905 wurde über das Vermögen des M. Konkurs eröffnet. Durch Beschluß vom 28. Februar 1905 wurde gegen den Konkursverwalter das Anwesen des Gemeinschuldners zum Zwecke der Zwangsversteigerung beschlagnahmt. Am 31. Mai wurde es versteigert und dem Mitbeklagten O. um 34 000 Mk. rechtskräftig zugeschlagen. Auf dem Anwesen lastete an 1. Stelle ein Bankkapital zu 22 500 Mk., an 2. das Kapital des Mitbeklagten P. zu 11 050 Mk. In dem Verteilungsplan waren diese Kapitalien mit ihren effektiven Beträgen von 21 451.53 Mk. und 10 329.81 Mk. eingesetzt. Der Konkursverwalter erhob Widerspruch und stellte nach Versäumung der einmonatigen Frist des Art. 117 Abs. 6 SubhO. gegen O. und P. Bereicherungsklage, indem er behauptete, der Betrag von 311.92 Mk. sei durch gezahlte Annuitäten des Gemeinschuldners Eigentümergrundschuld der Konkursmasse geworden und die zu der Bankhypothek eingetragene Nebensachekaution von 2250 Mk. sei am 1. Mai 1905 Höchstbetragshypothek des BGB. und mit dem Zuschlag Eigentümergrundschuld der Konkursmasse geworden. Es habe daher der Ansteigerer 311.92 Mk. und der Hypothekgläubiger P. 2250 Mk. an die Masse zu zahlen. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Gründe führen aus, daß sich, weil das Verfahren vor dem 1. Mai 1905 anhängig geworden ist, gemäß § 15 EG. z. ZwVG. die Erledigung des Verfahrens nach den Landesgesetzen bestimme. Es entstehe die Frage, ob dem § 15 nur die Bedeutung einer Verfahrensvorschrift zukomme oder ob er auch materielle Bedeutung habe. Ersterenfalls würde die Behauptung der Klage, daß der durch Annuitätenzahlung gut gemachte Betrag und die Kautionshypothek Eigentümergrundschuld geworden seien, richtig sein (§§ 1184, 1190 BGB., Art. 186 Abs. 2, 192 EG. z. BGB., Beschl. d. ObLG. vom 23. Juni 1905, BayZfR. I. Jahrg. S. 350 u. Entsch. d. RG. vom 18. Oktober 1905, ebenda S. 490). Es könnte auch unbedenklich angenommen werden, daß eine nach Konkurseröffnung entstandene Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehört. (BayZfR. Nr. 22 S. 457.) Die Gründe fahren fort: Es kann der Auffassung, daß § 15 des EG. z. ZwVG. nur eine Verfahrensvorschrift ist und die Anwendung materiellrechtlicher Bestimmungen des alten Liegenschaftsrechts ausschließt, nicht beigepflichtet werden, wenn auch diese Ansicht wiederholt vertreten worden ist, so in den Beschlüssen des Landgerichts München I, 2. Zivilkammer, vom 9. Oktober 1905, BayZfR. 1905 Nr. 22 S. 474, dann der 4. Zivilkammer vom 14. Oktober 1905, Beschw. Reg. Nr. 570/05, weiter in der BayZfR. Nr. 20 S. 426. Es haben ohne Zweifel die Gläubiger das Recht, daß sich das ganze Verfahren prozeßrechtlich und materiellrechtlich nach dem bisherigen Rechte bemißt, wenn die Beschlagnahme vor Anlegung des Grundbuchs erfolgt ist, und es ist zweifellos, daß der Gesetzgeber diesem Rechte Rechnung tragen wollte. Es ergibt sich dies insbesondere aus den Motiven (S. 377), wonach, wenn das Verfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen ist, sich auch die Wirkungen nach den bisherigen Gesetzen bestimmen. Will man der Auslegung des § 15 angesichts dieser Begründung nicht Zwang antun, so kann sie eben nur dahin erfolgen, daß nur altes Liegenschaftsrecht zur Anwendung zu kommen hat; denn anders läßt sich der Gebrauch des Wortes „Wirkung“ nicht gut erklären. Offenbar wollte der Gesetzgeber die nach altem Rechte begründeten Rechte der Gläubiger unberührt lassen. Durch diese Ansicht, der auch in den Beschlüssen der 1. und 6. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 2. und 20. Oktober 1905 beigepflichtet ist, werden die wirtschaftlichen Schäden, die mit der Anwendung der Grundsätze über die Eigentümerhypothek entstehen, wenigstens für die Gläubiger hintangehalten, für die das Verfahren noch vor dem 1. Mai 1905 beantragt worden ist. Der Satz der Motive, daß sich nach dem bisherigen Rechte auch die Wirkungen des Verfahrens bestimmen, ist, wie im Kommentar von Planck-Unzner Anm. 11 zu Art. 192 des EG. z. BGB. betont ist, im Gesetz nur als *selbstverständlich* weggeblieben. Aus der Begründung der Motive wird auch geschlossen, daß sich der Inhalt der übergeleiteten Pfandrechte, soweit er mit dem Zwangsversteigerungsrechte zusammenhängt, also insbesondere die Wirkungen der Beschlagnahme, gleichfalls nach dem bisherigen Rechte bestimmen. Die gleiche Anschauung wird weiter von Steiner ZwVG. bei der Erörterung des § 15 EG. S. 329 vertreten. Danach ist der Inhalt der Hypothek und der Umfang der Haftung des Grundstückes nach bisherigem Recht zu beurteilen und es kann die Entstehung einer Eigentümerhypothek *nicht* geltend gemacht werden. Es ist, soweit es zur Durchführung des anhängigen Verfahrens erforderlich ist, die in Art. 184 ff. des EG. z. BGB. geschehene Ueberleitung der Rechtsgebilde alten Rechts in solche des BGB. als nicht erfolgt anzusehen. Im EG. zur Novelle der KO. Art. V und VI und im EG. z. KO. selbst §§ 8 und 9 finden sich ähnliche Ueberleitungsbestimmungen. Auch hier tritt das Bestreben zutage, eine Uebergangsvorschrift aufzunehmen, die den Beteiligten ihre nach altem Rechte erworbenen Ansprüche sichert. Ein Widerspruch mit Art. 108 Ziff. 2 der SubhO. ist nicht vorhanden, weil dadurch, daß dem § 15 EG. materielle Bedeutung beigelegt wird, die Anwendung der Grundsätze über die Eigentümerhypothek ausgeschlossen ist und demgemäß bei Abwicklung des Verfahrens nach altem Recht eine Eigentümerhypothek nicht entstehen konnte. Zu welchem unbefriedigenden Ergebnis eine andere Auslegung führen würde, zeigt gerade das der Klage zugrunde liegende Sachverhältnis. Wenn M. nicht nur dinglicher, sondern auch persönlicher Schuldner des P. gewesen ist, so würde gleichwohl die M'sche Konkursmasse von ihm, dem P., einen ihm als Gläubiger zukommenden Betrag von 2250 Mk. verlangen können. Ob ihn etwa hiergegen die exceptio doli generalis schützen würde, ist nicht zu untersuchen. Eine Handhabe zur Bekämpfung solcher Ergebnisse bietet die ausgeführte Auslegung des § 15 EG. Dieser

---

[1] Anm. des Herausgebers. Die hier mitgeteilte Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. Es ist aber fraglich, ob der Rechtsstreit noch in den höheren Instanzen zum Austrag kommt, weil er — teilweise wenigstens — durch die beabsichtigte gesetzliche Regelung der Frage der Fähigkeit bayerischer Nebenkautionen zur Verwandlung in Eigentümerhypotheken gegenstandslos werden wird. Wir glaubten deshalb, die Entscheidung der 1. Instanz abdrucken zu sollen, zumal die hier behandelte Frage auch für anders gelagerte Rechtsfälle von Bedeutung ist.

kann nicht entgegengehalten werden, daß ein solches Ergebnis doch möglich ist, wenn ein Verfahren nach dem 1. Mai 1905 beantragt war, weil dann jedenfalls die Grundsätze über die Eigentümerhypothek unbeschränkt zur Anwendung zu kommen hätten. Wenn aber diese unberechtigten wirtschaftlichen Schaden zur Folge haben, so ist damit dargetan, daß, solange das Gesetz die Handhabe dazu bietet, dieser Schaden mit allen Rechtsmitteln hintangehalten werden muß; vgl. hierzu noch BayZfR. Nr. 22 S. 456, Nr. 23 S. 482 oben und Nr. 22 S. 464.

393 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Dr. Heuser in München.

Literatur.

Dispeker, Dr. Siegfried, Rechtsanwalt in München. Die Praxis der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Ein Handbuch des Verfahrens in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nach dem RG. vom 24. März 1897. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Geb. Mk. 3.60.

Der Verfasser hat sich einer außerordentlich mühevollen Arbeit unterzogen; er hat den Gang des Verfahrens nach dem ZwVG. durch eine Anzahl von Musterformularen für Anträge, Beschlüsse und Protokolle veranschaulicht und in Form von Anmerkungen zu diesen den gesamten Inhalt des Gesetzes und der damit zusammenhängenden Vorschriften in Stichworten und ganz kurzen Rechtssätzen wiedergegeben. Hierbei ist auch die Rechtsprechung und die Literatur in Zeitschriften berücksichtigt. Die mit schwierigen Rechnungsoperationen verknüpften Vorschriften (§§ 64, 112, 122, 184) sind durch durchgeführte Beispiele erläutert. Diese Art der Behandlung, die eine nahezu erschöpfende Darstellung des Gesetzes auf 98 Seiten zusammengedrängt hat, zeugt von einer ganz sicheren Beherrschung des Stoffs durch den Verfasser. Sie stellt natürlich auch an den Leser, wenn er sie mit Nutzen verwerten will, die Anforderung, daß er sich schon einigermaßen im Gesetz auskennt und daß er die Mühe nicht scheut, sich mit der eigenartigen Technik des Buches vertraut zu machen. Sind diese Bedingungen erfüllt, so wird die Schrift für den Vollstreckungsrichter, Notar und Rechtsanwalt ein vortreffliches Handbuch für den Alltagsgebrauch abgeben, in dem er auf kleinem Raum und in kürzester Fassung vereinigt findet, was er in dem gerade gegebenen Stande des Verfahrens beachten muß. von der Pfordten.

Jaeger, Dr. Ernst, Professor der Rechte zu Leipzig. Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes vom 21. Juli 1879 dargestellt. XII u. 344 S. Berlin 1905, J. Guttentag. Geb. Mk. 10.—.

Was Jaegers Kommentar zur KO., dieses standard work des Konkursrechts, und nunmehr seinen Kommentar zum Anfechtungsgesetz neben ihrer theoretischen Vollkommenheit für die Praxis so unschätzbar macht, das ist das so eminente Eingehen auf die Bedürfnisse und Fragen der Praxis — ich möchte sagen, das fast intuitive Vorempfinden für die kommenden Fragen. Seinem Kommentar hat Jaeger einen kurzen, sehr präzis und instruktiv gehaltenen systematischen Abriß des Anfechtungsrechts überhaupt — Konkurs- und Einzelanfechtung — vorangestellt. Dieses System ist gleich wertvoll für den Praktiker wie für den Lernenden, zumal wir eine Neuausgabe von Cosacks Anfechtungsrecht auf Grund des jetzt geltenden Reichsrechts nicht besitzen. Die Praxis wird es insbesondere begrüßen, daß Jaeger vor allem in der grundlegenden Frage — um aus der Summe von Einzelfragen, deren die Gläubigeranfechtung so viele birgt, nur eine herauszugreifen — der Anfechtung nur obligatorische Kraft gibt und für ihre Geltendmachung den § 143 BGB. auch nicht für entsprechend anwendbar erachtet. Es ist eigentlich überflüssig, zu sagen, daß in den scharfen, präzisen, geistvollen und anregenden Darlegungen die bisherige Literatur und Rechtsprechung mit größter Vollständigkeit verwertet sind. Ueberflüssig ist es aber sicherlich, den Kommentar empfehlen zu wollen. Seine beste Empfehlung ist das Werk selbst.

Landgerichtsrat Karl Meyer.

Notiz.

Eintragung von Miteigentumsanteilen im Grundbuche. Das Oberste Landesgericht hat kürzlich die — immerhin bestreitbare — Auffassung vertreten, der Grundsatz, daß eine das Recht eines Miteigentümers betreffende Eintragung in das Grundbuch erst dann vorgenommen werden darf, wenn entweder die Größe der Bruchteile oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis festgestellt und im Grundbuch eingetragen ist, sei auch für die noch unter der Herrschaft des HypG. erfolgten Eintragungen maßgebend. Die Praxis hatte es früher für genügend erachtet, die Namen der Miteigentümer ohne Zusatz in die 2. Rubrik einzutragen, wenn mehrere Personen, insbesondere Ehegatten, als Miteigentümer zu gleichen Bruchteilen einzutragen waren. Damit die Eintragungen künftig den aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sich ergebenden Anforderungen genügen, ordnete das Staatsministerium der Justiz in den autogr. Entschl. vom 30. Januar 1906 Nr. 4936 und 4937 an, daß die Hypotheken- und Grundbuchbeamten in allen Fällen, in denen ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen anzugeben oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zu bezeichnen, daß sie ferner ältere Eintragungen solcher Rechte durch die Angabe der Bruchteile von Amts wegen und kostenlos zu ergänzen und zu berichtigen und die hierzu nötigen Ermittelungen anzustellen haben. Hierbei sollen sie von den Notaren in jeder Weise unterstützt werden, einmal dadurch, daß die Notare bei Beurkundungen von Rechtsgeschäften, auf Grund deren ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen oder über den Anteil eines Miteigentümers verfügt werden soll, in der Urkunde die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis angeben oder dafür sorgen, daß die Berichtigung der Eintragung beantragt wird und die hierzu erforderlichen Urkunden beigebracht werden, ferner dadurch, daß sie den Hypothekenämtern die zur Feststellung der Anteile usw verlangten Urkunden so rasch als möglich kostenlos übersenden.

Insbesondere soll auch in den Fällen, in denen die Ergänzung einer Eintragung notwendig ist, um die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miteigentümers durchführen zu können, der Grundbuchbeamte dem Antragsteller zur Beseitigung des Eintragungshindernisses behilflich sein. Soweit der Vollstreckungsgläubiger zur Stellung eines Berichtigungsantrages und des nach § 22 GBO. erforderlichen Nachweise der im Grundbuche genannten Urkunden bedarf und nach § 792 ZPO. berechtigt ist, deren Erteilung zu verlangen, dürfen die Grundbuchbeamten die Notariate oder Gerichte um Ueberlassung dieser Urkunden ersuchen und haben diese Behörden dem Ersuchen so rasch als möglich zu entsprechen. Die zur Aufbewahrung bei den Grundbuchanlagen etwa erforderlichen Auszüge sind vom Grundbuchamte kostenlos herzustellen.

402

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising

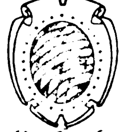
Nr. 7. **München, den 1. April 1906.** **2. Jahrg.**

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in **München**, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Fälle des wirtschaftlichen Vorzugs der Sachübernahme vor der Sacheinlage.

Von **Dr. Herm. Rehm,** Professor in Straßburg i. E.

Mit der Gründung von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften m. b. H. und mit der Erhöhung des Grundkapitals solcher Vereinigungen ist zumeist der Erwerb wertvoller Objekte verbunden. Die große Mehrzahl der Gesellschaftsgründungen und ein nicht geringer Teil der Gesellschaftskapitalserhöhungen erfolgt ganz oder vorzugsweise im Wege der Sachgründung.

Zwei Rechtsformen stehen hierfür zur Verfügung: die Sacheinlage und die Sachübernahme. Wer die Gegenstände hereingibt, erhält als Entgelt Mitgliedschaftsrechte (Aktien, Geschäftsanteile) oder andre Vergütung. Er wird Mitglied oder Gläubiger der Gesellschaft. HGB. § 136 und GmbHG. § 5 Abs. 4 halten ganz deutlich beide Fälle auseinander, den Fall der Gewährung von Aktien für Sach-„Einlagen" und den Fall der Gewährung von Vergütung für „übernommene" Gegenstände.

Die Sachübernahme bietet, sowohl als solche wie auch noch in besondrer Gestaltung, eine Reihe von wirtschaftlich-praktischen Vorteilen gegenüber der Sacheinlage, teils nur für die Gesellschaft, teils auch für den Hereingeber. Die Vorteile sind weitergehende bei der Aktiengesellschaft, weniger umfängliche bei der Gesellschaft m. b. H. Allerdings liegen sie nicht auf speziell handelsrechtlichem Gebiete, aber sachlich hängen sie enge mit spezifisch handelsrechtlichen Vorgängen zusammen. Sie gehören dem öffentlichen Handelsrechte an.

I. Zunächst dem *Handelsverwaltungsrechte*. Es ist ein Satz des Handelspolizeirechts, wenn BörsG. § 39 Abs. 1 bestimmt, die Zulassung von *Aktien* eines zur Aktiengesellschaft oder zur Kommanditgesellschaft auf Aktien umgewandelten Unternehmens zum Börsenhandel dürfe vor Ablauf eines Jahres nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und vor Veröffentlichung der ersten Jahresschlußbilanz (nebst Gewinn- und Verlustrechnung) nicht erfolgen. „Umgewandelt zu einer Aktiengesellschaft wird ein Unternehmen", eine Gegenstandsgesamtheit nur, wenn die Rechte an dem Unternehmen für den Besitzer sich in Mitgliedschaftsrechte bei einer Aktiengesellschaft, nicht, wenn sie sich in Kaufpreisforderungen gegen eine Aktiengesellschaft verwandeln. Von „Aktien eines Unternehmens", von Aktien, die aus einem Unternehmen durch dessen Umwandlung in eine Aktiengesellschaft entstehen, kann lediglich gesprochen werden, wenn die das Unternehmen darstellenden Sachen selbst die Rechtsform von Aktien annehmen, sich in Sacheinlagen verwandeln. Wird eine Aktiengesellschaft bloß auf Bareinlagen gegründet und kauft die also gegründete Gesellschaft aus diesem Bargeld sofort ein Unternehmen, dann liegen nicht Aktien eines zur Aktiengesellschaft umgewandelten Unternehmens, sondern Aktien einer sofort ein Unternehmen übernehmenden Aktiengesellschaft vor.

Gelingt es den Inhabern einer Fabrik im Wege des Kredits das erforderliche Barkapital zu erhalten oder Banken für die Barbeteiligung an der Gründung zu gewinnen, so kann also die Sperrfrist von BörsG. § 39 umgangen werden. Die Aktiengesellschaft kauft unmittelbar nach Betriebseröffnung die Fabrik. Die Eröffnungsbilanz der Gesellschaft weist im Aktivum kein Anlagen- oder Fabrikkonto, sondern nur ein beträchtliches Kassenkonto auf, von dem vielleicht noch an diesem Tage ein ganz erheblicher Posten auf ein zu schaffendes Fabrikkonto übertragen wird.

Die Börsenpraxis hat den hier geschilderten Weg, sich von der Fessel des § 39 zu befreien, bereits beschritten.

II. Die anderen Vorteile gehören dem Gebiete des *Handelsabgabenrechtes* an.

A. Die Errichtung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H., sowie Grundkapitalserhöhungen bei ihnen unterliegen bekanntlich nicht unbeträchtlichen *landesgesetzlichen* Gebühren. Verhältnismäßig gering sind die Gebühren für Eintragung dieser Beschlüsse in das Handelsregister (BayGebG. vom 11. Nov. 1899 Art. 55), aber

sehr ins Gewicht fallen die Abgaben, die auf der notariellen Beurkundung jener Beschlüsse lasten. Sie betragen bei Gesellschaften m. b. H. 3 ‰ der Gegenstandssumme (GebG. Art. 145), bei Aktiengesellschaften 1½ % (Art. 150), durch Zuschlagsgesetz vom 9. Juli 1904 provisorisch auf 2 % gesteigert. Dazu kommt bei beiden Gesellschaften eine Gebühr von 2 % des Wertes — durch jenes Gesetz vom 9. Juli 1904 bei Gegenstandssummen von mehr als 60000 Mk. sogar um 10% erhöht — für Verträge, durch die der eine Teil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke oder ein den Grundstücken gleichstehendes Recht zu bestellen oder zu übertragen (Art. 146). Unter diese Bestimmung fallen sowohl Immobilien-Einlagen, wie Immobilien-Uebernahme-Verträge. Ob Sachgründung in der einen oder anderen Form, ist also gleichgiltig.

Die Sachlage ändert sich, wenn wir die reichsrechtlichen Abgaben ins Auge fassen, die auf der Gesellschaftsgründung und Grundkapitalserhöhung ruhen.

Solche gibt es nur bei Aktiengesellschaften. Lediglich sie unterliegen der Börsensteuer, dem Reichsstempelabgabengesetz. Eine Schlußnoten- und eine Emissionssteuer werden von ihnen erhoben. Die erstgenannte Steuer knüpft an an die Zuteilung der Mitgliedschaftsrechte. Diese gilt, obwohl sie ursprünglichen Erwerb begründet, als Anschaffungsgeschäft und die Steuer wird daher erhoben mittels Aufklebens von Stempelmarken auf die Schlußnoten über das Zuteilungsgeschäft (BörsensteuerG. Tarifnummer 4). Die Steuer beträgt 30 Pfg. für je 1000 Mk. Gegenwert. Der Vorgang, auf den die zweite Steuer gelegt ist, bildet die Ausgabe von Urkunden über das Aktienrecht. Sie wird erhoben im Wege des Ausdrucks von Stempelmarken auf die Aktienbriefe. Die Steuer beträgt 2 Mk. von je 100 Mk. Ausgabepreis. Die Gesellschaft, die ihre Mitgliedschaftsrechte nicht in den Verkehr bringen will, kann also viel sparen. Die Aktiengesellschaft vormals Friedrich Krupp zu Essen, deren 160 Mill. Mk. betragendes Aktienkapital sich bis auf 4000 Mk. im Besitze von Fräulein Berta Krupp befindet, unterließ die Ausfertigung von Aktienscheinen.[1])

Aber auch sonst veranlaßt die hohe Aktiensteuer — sie beträgt für eine zu Pari ausgegebene Aktie von 1000 Mk. 20,30 Mk. —, auf Mittel und Wege zu sinnen, die ermöglichen, das Aktienkapital möglichst niedrig zu halten. Das Mittel hierzu bietet bei Sachgründungen die juristische Zerlegung der Hereinnahme des Wertobjektes in die Rechtsformen der Sacheinlage und Sachübernahme. Der Vermögenskomplex wird nur zu einem Teile seines Wertes im Wege der Sacheinlage hereingenommen. Für die Hereinnahme des anderen Wertteiles der zu erwerbenden Sachgesamtheit wird die Rechtsform der Sachübernahme gewählt. Solcher Verbindung von Sacheinlage und Sachübernahme steht das Gesetz nicht im Wege. Ein zur Ausdehnung des Betriebes zu erwerbendes Bankgeschäft ist 1 Mill. wert. Statt das Aktienkapital um diese Summe zu erhöhen, werden nur 500000 Mk. neue Aktien ausgegeben und an Stelle der anderen halben Million eine Kaufpreisforderung eingeräumt. Diese Zerlegung des Geschäftes in Sacheinlage und Sachübernahme ermöglicht, die Ausgabe für Börsensteuer um die Hälfte zu mindern und so die Gründungs- bzw. Erwerbskosten ganz wesentlich zu verringern. Je weiter es der Gesellschaft ihre Mittel erlauben, an die Stelle des Sacheinlageverfahrens das Sachübernahmeverfahren zu setzen, um so mehr verbilligt sich der Sacherwerb.

Der Wert der zu erwerbenden Gegenstände kann so hoch sein, daß es schwer hält, das auf den Uebernahmeteil entfallende Kapital sofort bereit zu stellen. Dann bietet einen Ausweg, daß man an die Stelle eines Kaufpreiskapitals einen Kaufpreisrentenanspruch setzt.

In solcher Weise wurde etwa vor Jahresfrist bei Gründung der Hohenlohewerke verfahren. Der gewaltige Grubenbesitz des Herzogs von Ujest, Fürsten zu Hohenlohe-Oehringen, wurde in eine Aktiengesellschaft verwandelt. Der Wert der Gruben betrug etwa 100 Mill. Mk. Der Herzog erhielt hiefür rund 40 Mill. Aktien — die Gesellschaft wurde mit 40 Mill. Aktienkapital gegründet — und dazu einen vererblichen Anspruch auf 6 Mill. Jahresrente. Also Teilung der Gründung in Sacheinlage und Sachübernahme. Es bleibt nur das eine Bedenken, ob für den Herzog eine feste Rente vereinbart werden durfte. HGB. § 215 verbietet „für die Aktionäre Zinsen von bestimmter Höhe zu bedingen". Staub in seinem Kommentar zum GmbHG. 1903 § 5 Anm. 14 verneint die Möglichkeit. Er meint, wenn der Gesellschafter, der nur eine Sach-, keine Bareinlage mache, dafür außer dem Stammanteil noch eine weitere Vergütung erhalte, so dürfe diese nicht in festen Zinsen bestehen. Allein in solchem Falle macht das Gesellschaftsmitglied eben nicht bloß eine Sacheinlage, sondern es vereinbart auch eine Sachübernahme. Für seinen Geschäftsanteil dürfen ihm keine festen Zinsen versprochen werden, wohl aber für den Wert der Sachübernahme. Als Aktionär darf er keine festen Zinsen erhalten, dagegen gewiß als Verkäufer. Die ihm zustehende Kaufpreisforderung kann in die Rechtsform eines festen Rentenan-

[1]) Jetzt — Mitte Februar 1906 — wurde in der Budgetkommission des Reichstages bei Beratung der Steuervorlagen allerdings aus der Mitte der Abgeordneten der Vorschlag gemacht, auch im Falle der Nichtausgabe von Aktienbriefen diesen Effektenstempel zu erheben.

spruchs gekleidet sein. Vergl. hierüber meinen Aufsatz „Fälle zulässiger Uebernahmen von Dividendengarantien durch Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. für den eigenen Betrieb" in Goldschmidts Z. (ZHR.) 55.

B. Die übrigen wirtschaftlichen Vorzüge, die die Teilung des Erwerbs großer Objekte in die Rechtsformen der Sacheinlage und der Sachübernahme unter gleichzeitiger Einkleidung der Sachübernahmeforderung in einen Rentenanspruch mit sich bringt, treten auch bei Gesellschaften m. b. H. in Erscheinung.

Der eine Vorteil ist dieser. Wird ein Gegenstand, ein Vermögenskomplex, lediglich als „Einlage" hereingegeben, so überwiegt beim Hereingeber naheliegenderweise das Interesse, für den Gegenstand eine möglichst hohe Einlagebewertung zu erzielen. Er sieht auf den Gegenwartsgewinn. Soll die Vergütung für die Hereingabe dagegen zum Teil in einem Anspruch auf dauernde Rente bestehen, so kommt für ihn auch die zukünftige Ertragsfähigkeit des Unternehmens in Betracht. Das Interesse, die hereinzugebenden Objekte möglichst hoch bewertet zu sehen, wird in Schach gehalten durch das andere, die Gesellschaft nicht von vorneherein durch den Besitz überbewerteter Aktiva in ihrer Gewinnbildung zu hemmen.

Bedeutsamer aber ist ein anderer Punkt. Nimmt die Gesellschaft den Vermögenskomplex lediglich im Wege der Einlage herein, so bildet sein ganzer Ertrag steuerpflichtigen Reingewinn. Wenn die Gesellschaft dagegen den Hereingeber teilweise statt mit Aktien mit dem Inaussichtstellen einer festen Jahresrente abfindet, so unterliegt sie für diesen Jahresrentenbetrag keiner Steuerpflicht. Ehe der Betrag nicht abgezogen ist, ist kein Reingewinn vorhanden. Die Jahresrentenschuld bildet keine Schuld aus dem Rein-, sondern aus dem Rohgewinn. Sie stellt eine Betriebsausgabe dar und ist daher steuerfrei.

III. Keineswegs wollen unsere Ausführungen übersehen lassen, daß die wirtschaftliche Ueberlegenheit, die die Sachübernahme im Verhältnis zur Sacheinlage auszeichnet, immerhin nur eine relative ist. Die Sachübernahme belastet die Gesellschaft mit festen Verpflichtungen. Gegenüber dem Sacheinleger ist sie zu Leistungen nur verpflichtet, wenn sie Reingewinn erzielt. Gewiß ist es an sich für die Gesellschaft vortheilhafter, Vermögenskomplexe im Wege der Einlage zu erwerben. Der Hereingeber trägt dann das Risiko des Geschäftsbetriebes unmittelbar mit. Aber die künftige Erzielung von Ertrag kann ja unter Umständen als eine ausgemachte Sache anzusehen sein. Dann kommt es der Gesellschaft vielleicht billiger zu stehen, den Hereingeber daran nicht als Sacheinleger, sondern als Sachverkäufer zu beteiligen. Auf der anderen Seite kann der Hereingeber sich teilweise eine feste Einnahme sichern wollen. Dann hat die Gesellschaft wenigstens den Vorteil, daß der Erwerb ihr geringeren Aufwand verursacht, als wenn sie für ihn in seiner ganzen Höhe Aktien hinzugeben gezwungen ist.

Jedenfalls zeigen unsere Darlegungen an einem Beispiel, wie sehr die Finanzierungskunst auch in dem Können besteht, für kaufmännische und industrielle Unternehmungen die wirtschaftlich zweckmäßigste Rechtsform zu finden. Dies erfordert ein hohes Maß von Rechtskenntnissen, vor allem aber die Gabe und die Gewöhnung, den wirtschaftlichen Zweck und die wirtschaftlichen Wirkungen der Rechtssätze mit Schärfe zu beobachten und zu erfassen.

Zum Begriffe der öffentlichen Lasten des Grundstücks.

Von Dr. Wilh. Hundemer,
Rechnungskommissär und Ratsakzessist in Landshut.

Gemäß Art. 122 des AG. z. BGB. vom 9. Juni 1899 haftet für Leistungen, die auf Grund eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes von einem Grundstücke zu entrichten sind, das Grundstück. Es erhebt sich die Frage, ob die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung Leistungen im Sinne dieses Artikels sind. Die Beantwortung hängt vom Vorliegen der beiden im Art. 122 l. c. geforderten Voraussetzungen ab: 1. es muß eine auf Grund eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts geschuldete Leistung vorhanden sein, 2. diese muß von dem Grundstücke zu entrichten sein.

Was die erste Voraussetzung betrifft, so liegt sie zweifellos vor. Die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung gründet sich auf §§ 15 und 33 des Reichsgesetzes betreffend die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen vom 5. Mai 1886, vielmehr auf §§ 15 und 33b genannten Gesetzes in der Fassung vom 30. Juni 1900 in Verbindung mit Art. 11 ff. des bayerischen Gesetzes, die Ausführung des Reichsgesetzes vom 5. Mai 1886, die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen betreffend. Wenn nun auch das bayerische Ausführungsgesetz diese Beitragsleistungen nicht ausdrücklich als eine öffentliche Last bezeichnet hat, so geht doch aus dem für diese bestimmten Verfahren hervor, daß es sie als öffentliche Lasten erachtet. Gemäß Art. 16 des AG. werden Streitigkeiten über die Beitragspflicht von der Distriktsverwaltungsbehörde entschieden, in deren Bezirk der Sitz des Betriebes gelegen ist. Dadurch, daß das bayerische Ausführungsgesetz zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung die genannten Streitigkeiten der Zuständigkeit der

Verwaltungsbehörden überweist, gibt es zu erkennen, daß es die zwischen der Berufsgenossenschaft als solchen und den einzelnen dazu gehörigen Mitgliedern bestehenden Rechtsverhältnisse als Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts erachtet.

Anders verhält es sich mit der zweiten Voraussetzung, daß die Leistung von dem Grundstücke zu entrichten ist.

Henle und Schneider erachten in ihrer Handausgabe zu den bayerischen AG. z. BGB. diese Voraussetzung als gegeben, indem sie bei Anm. 2 zu Art. 112 unter verschiedenen anderen öffentlichen Leistungen besonders die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung aufführen. Diese Ansicht dürfte mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht übereinstimmen. Henle-Schneider nehmen zur Begründung ihrer Ansicht Bezug auf Art. 12 des bayer. AG. zum land- und forstwirtschaftl. Unf.- und KrankVG. Dieser Artikel bestimmt: „Der Jahresbeitrag wird mit der Grundsteuer durch die mit der Einhebung der letzteren betrauten Organe erhoben. Die Einziehung der Beiträge erfolgt nach den Bestimmungen über Einhebung und zwangsweise Beitreibung von Staatssteuern." Eine Bestimmung, daß die genannten Beiträge eine öffentliche Last der betreffenden Grundstücke des landwirtschaftlichen Betriebsunternehmers seien, ist aus dieser Gesetzesstelle nicht zu entnehmen. Sie will nur die Art und Weise des Verfahrens zur Beitreibung der fraglichen Beiträge regeln, ohne auf die Frage Bedacht zu nehmen, ob die Grundstücke, aus welchen die Grundsteuer zu entrichten ist, wie für die Grundsteuer auch für die Unfall- und Krankenversicherungsbeiträge dinglich haften. Art. 12 l. c. will nur bestimmen, daß die gleichen Regeln, die für die Beitreibung und Einhebung der Grundsteuer gelten, auch für die Beitreibung der Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung Anwendung finden sollen. Hiermit ist insbesondere das administrative Zwangsvollstreckungsverfahren gemeint. Zur zwangsweisen Beitreibung der den Berufsgenossenschaften zukommenden Beiträge ist als Vollstreckungstitel ein vom Rentamte ausgestelltes und für vollstreckbar erklärtes Ausstandsverzeichnis genügend, und die Zwangsvollstreckung wird auf Grund des Art. 12 vom Rentamtsdiener, nicht vom Gerichtsvollzieher bewirkt. Die Frage jedoch, ob für die Beiträge die Grundstücke des Betriebsunternehmers dinglich haften, gehört nicht in den Rahmen des Einhebungs- und Beitreibungsverfahrens, sie ist vielmehr materiellen Rechtes. Die Haftung des Grundstücks als solchen müßte daher besonders zum Ausdrucke gebracht worden sein, wie dies in § 1 des Grundsteuergesetzes durch die Worte „Die definitive Grundsteuer ist eine direkte Staatsauflage vom Grund und Boden", geschehen ist. Eine solche Bestimmung findet sich aber weder im Reichsgesetze über die land- und forstwirtschaftliche Unfall- und Krankenversicherung noch in dem hierzu ergangenen bayerischen Ausführungsgesetze.

Zwar haben die Motive zum Entwurfe eines AG. z. BGB. unter den Lasten des Grundstücks die Beiträge zu der land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung aufgezählt. Auch hat der Referent, Abgeordneter Wagner, in der Sitzung des Justiz-Gesetzg.-Aussch. vom 29. November 1898 bei Beratung des maßgebenden Art. 110 genannten Entwurfs unter Bezugnahme auf die Motive und ohne Widerspruch die genannten Beiträge unter den Lasten des Grundstücks genannt. Diese Einrechnung der land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherungsbeiträge in die Zahl der öffentlichen Lasten eines Grundstücks dürfte jedoch auf einem Irrtume beruhen.

Gerade aus der Beratung des Art. 110 l. c. in genannter Sitzung geht hervor, daß öffentliche Lasten eines Grundstücks nur dann vorhanden sind, wenn in der gesetzlichen Bestimmung, durch welche sie auferlegt sind, die Leistungspflicht mit dem Eigentum am Grundstücke in Verbindung gebracht, der jeweilige Eigentümer als Schuldner bezeichnet ist. Dies hat der Senatspräsident Dr. von Jacubezky ausdrücklich hinsichtlich der Leistungen, die für die Benützung von Gemeindeanstalten geschuldet werden, ausgesprochen. Und so wird auch von allen anderen öffentlichen Leistungen des Grundstücks verlangt werden müssen, daß sie im Gesetze selbst mit dem Eigentume am Grundstücke in Verbindung gebracht werden.

Nun ist die Leistungspflicht der land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherungsbeiträge als solche nicht im bayer. AG. vom 5. April 1888 zum Reichsgesetze, betreffend die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen vom $\frac{5. \text{ Mai } 1886}{30. \text{ Juni } 1900}$ auferlegt, sondern im genannten Reichsgesetze selbst und zwar in seinen §§ 15 ff. Eine Verbindung zwischen Leistungspflicht und dem Eigentum am Grundstücke ist hierin nicht zu erblicken, es ist vielmehr nur von den Mitgliedern die Rede, auf welche die Beiträge umgelegt werden. In welcher Weise und nach welchem Verhältnis zu einander die Mitglieder die Beiträge zu entrichten haben, die Bemessung der Höhe der von jedem einzelnen auf Grund des § 15 pflichtigen Mitgliede zu leistenden Beiträge, „der Maßstab für die Umlegung der Beiträge" wird dann in den §§ 33 ff. geregelt. Hier ist es nun der Landesgesetzgebung überlassen, zu bestimmen, daß die Beiträge durch Zuschläge zu den direkten Staatssteuern usw. aufgebracht werden. Von dieser Befugnis hat das genannte bayer. AG. in Art. 11 Gebrauch gemacht. Nach Art. 11 werden die Beiträge nach dem Maßstabe der Grundsteuer umgelegt. In dem von Henle-Schneider in Bezug genommenen Art. 12 l. c. wird nur die Art der Einhebung der nach Art. 11 sich bemessenden Beiträge ge-

regelt. Die Berechnung der Beiträge erfolgt unter Zugrundelegung der Grundsteuer, die Einziehung und zwangsweise Beitreibung vollzieht sich nach den Bestimmungen über die Einhebung und zwangsweise Beitreibung der Staatssteuern. Eine gesetzliche Bestimmung, durch welche die Leistungspflicht mit dem Eigentum an dem Grundstücke in Verbindung gebracht oder der jeweilige Eigentümer als Schuldner bezeichnet ist, kann aus dieser Fassung nicht entnommen werden. Ja gerade das Gegenteil möchte daraus hervorgehen. Nach Art. 11 bemessen sich die Beiträge nach dem Maßstabe der Grundsteuer; daß es sich in Art. 11 nur um eine Berechnungsfrage handelt, daß also aus Art. 11 nicht die Haftung des Grundstücks gefolgert werden kann, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Wenn daher das bayer. AG. diese Verbindung zwischen Leistungspflicht und dem Eigentume am Grundstücke zum Ausdrucke gebracht hätte, so müßte es in Art. 12 l. c. geschehen sein. Nun spricht Art. 12 nicht von Bestimmungen über die Einziehung und zwangsweise Beitreibung von Grundsteuern, sondern von Staatssteuern im allgemeinen; sonach sollen doch auf die Einhebung der land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherungsbeiträge nur die für alle Staatssteuern (auch Kapitalrenten-, Einkommen- und Gewerbesteuern) gemeinschaftlich geltenden Bestimmungen über Einhebung und zwangsweise Beitreibung sinngemäß Anwendung finden. Eine materiellrechtliche Bestimmung des Inhalts, daß das Grundstück dinglich haften soll, darf wohl daher aus der Fassung des Art. 12 nicht entnommen werden. Die Tatsache allein, daß die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung in irgend einer losen Beziehung zu den Grundstücken des Unternehmers stehen, dürfte für die Inanspruchnahme der dinglichen Haftung des Grundstücks nicht genügend sein. Wenigstens scheint der Gesetzgeber diese Tatsache allein nicht regelmäßig für genügend zu erachten. In Art. 23 ff. des bayer. AG. z. GBO. u. z. ZwVG. vom 9. Juni 1899 ist ausdrücklich bestimmt, daß zu den öffentlichen Lasten des Grundstücks bei einem landwirtschaftlichen Grundstücke die Beiträge gehören, welche für die öffentliche Versicherung des zum Zubehör gehörenden Viehs zu entrichten sind. Nun teilt das Zubehör das rechtliche Schicksal des Grundstücks (vgl. § 21 ZwVG.), und ist daher, wenn auch nicht Bestandteil des Grundstückes, doch in engster Verbindung mit dem Grundstücke. Die Versicherungsbeiträge für die als Zubehör geltenden Viehstücke beziehen sich daher doch auf das Grundstück selbst, wie auch die Versicherungsentschädigungen dem Grundstücke selbst zugute kommen. Wenn trotzdem der Gesetzgeber sich veranlaßt sah, auszusprechen, daß das Grundstück für diese Beiträge hafte, so gibt er damit deutlich zu erkennen, daß ihm die Beziehung zum Grundstücke allein für die dingliche Haftung nicht genüge, daß die Haftung vielmehr ausdrücklich bestimmt sein müsse. Und nun stehen die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung doch in einer weit loseren Beziehung zum Grundstücke als die Viehversicherungsbeiträge.

Aus dem Wortlaute des Gesetzes kann demnach die dingliche Haftung des Grundstücks für die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung keineswegs gefolgert werden; aber auch ihr Wesen bedingt nicht notwendig die dingliche Haftung des Grundstücks. Ein wirtschaftlicher und rechtlicher Grund hierfür könnte sich doch wohl nur daraus ergeben, daß die genannten Beiträge, ähnlich wie die vorerwähnten Versicherungsbeiträge für die zum Zubehör eines Grundstücks gehörigen Viehstücke, sich unmittelbar auf die dem Betriebsunternehmer gehörigen Grundstücke bezögen. Dies ist aber nicht der Fall. Die Beiträge haben an sich mit den Grundstücken des landwirtschaftlichen Betriebsunternehmers gar nichts gemein; sie stehen nur in Beziehung mit dem mit der Bewirtschaftung der Grundstücke betrauten Dienstpersonal. Nur insoweit kommt den Grundstücken des Betriebsunternehmers für die von ihm auf Grund seiner Mitgliedschaft zur land- und forstwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft zu leistenden Beiträge überhaupt eine Bedeutung zu, als nach dem bayerischen Ausführungsgesetze die für die betreffenden Grundstücke zu entrichtende Grundsteuer den Maßstab für die Berechnung bildet. Wie wenig die land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherungsbeträge ihrem Wesen nach mit den Grundstücken als solchen in Beziehung stehen, dürfte wohl auch daraus hervorgehen, daß nach dem Reichsgesetze die Grundstücke regelmäßig nicht einmal für die Bemessung der Beiträge in Frage kommen; der regelmäßige Maßstab ist vielmehr die Höhe der mit dem Betriebe verbundenen Unfallgefahr, die Gehälter und Löhne der Betriebsbeamten 2c. 2c. Also nirgends auch nur eine indirekte Bezugnahme auf die Grundstücke des Betriebsunternehmers. Auch in Bayern hat man bis zum Inkrafttreten des BGB. und des Ausführungsgesetzes hierzu und bis zur Geltung des Zwangsversteigerungsgesetzes die land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherungsbeiträge wohl nicht als eine Last des Grundstücks angesehen. Es wäre sonst nicht einzusehen, warum man ihnen im Falle der Subhastation des Grundstücks nicht dieselben Vorrechte eingeräumt hat, die man den übrigen Lasten des Grundstücks in Art. 108 Ziff. 1 der SubhO. zugebilligt hat.

Weder der Wortlaut des Gesetzes noch das Wesen der land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherungsbeiträge sprechen für die dingliche Haftung des Grundstücks. Die genannten Beiträge sind vielmehr persönliche in der Zugehörigkeit zur Berufsgenossenschaft wurzelnde und mit

Rücksicht auf vorhandenen Grundbesitz, nicht aber vom Grundbesitze geschuldete Leistungen.

Haften nach obigen Ausführungen die Grundstücke des landwirtschaftlichen Betriebsunternehmers nicht für die land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherungsbeiträge, so ist dies von großer Wichtigkeit insbesondere im Falle der Zwangsversteigerung dieser Grundstücke.

Gemäß § 10 Ziff. 3 des ZwVG. vom 24. April 1897 nehmen bei einer Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung die Ansprüche auf Entrichtung der öffentlichen Lasten des Grundstücks wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beiträge den dritten Rang ein. Da die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung nicht öffentliche Lasten des Grundstücks sind, kommt ihnen auch der in § 10 Ziff. 3 eingeräumte Rang nicht zu.

Es besteht aber nun doch die Möglichkeit, diesen Rang auch den Beiträgen zur land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherung einzuräumen. Das Zwangsversteigerungsgesetz hat nämlich über den Begriff der öffentlichen Lasten selbst nichts bestimmt, dessen Abgrenzung vielmehr dem Landesrecht überlassen (vgl. von der Pfordten, Komm. z. ZwVG. S. 44 und 564, Anhangband S. 1). Das Vorrecht des § 10 Ziff. 3 kann daher auch solchen Ansprüchen eingeräumt werden, für welche nicht das Grundstück als solches haftet. Von diesem der Landesgesetzgebung zugestandenen Rechte hat denn auch Bayern in seinem AG. z. GBO. und zum ZwVG. vom 9. Juni 1899 Gebrauch gemacht. In Art. 23 daselbst ist, wie bereits erwähnt, bestimmt, daß zu den öffentlichen Lasten eines Grundstücks die Beiträge, welche für die öffentliche Versicherung des zum Zubehör gehörenden Viehs zu entrichten sind, bei einem mit einem Gebäude versehenen Grundstücke die Kaminkehrerlöhne gehören. In gleicher Weise könnte auch bestimmt werden, daß als öffentliche Last der zum land- und forstwirtschaftschaftlichen Betriebe gehörigen Grundstücke die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung gehören. Solange jedoch eine solche gesetzliche Bestimmung nicht erlassen wird, kann für diese der Vorrang des § 10 Ziff. 3 des ZwVG. nicht beansprucht werden.

Ob sie bei einer Zwangsversteigerung der Grundstücke des landwirtschaftlichen Betriebsunternehmers überhaupt Berücksichtigung finden, wird davon abhängen, ob sie dinglich gesichert sind, oder ob doch ihretwegen die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt ist. Was die dingliche Sicherung dieser Beiträge betrifft, so ist sie in den meisten Fällen, soferne der Grundstückseigentümer nicht freiwillig Hypothek hierfür bestellt, überhaupt nicht zu erreichen. Wenn auch die Einziehung der Beiträge nach den Bestimmungen über Einhebung und zwangsweise Beitreibung von Staatssteuern erfolgt, so werden sie dadurch doch noch nicht Ansprüche der Staatskasse selbst, sondern verbleiben nach wie vor Ansprüche der einschlägigen land- und forstwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft.

Es ist daher auch nicht angängig, den der Staatskasse für ihre Ansprüche wegen öffentlicher Abgaben gemäß Art. 123 des AG. zum BGB. zustehenden gesetzlichen Hypothekentitel für die Beiträge der land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung zu beanspruchen. Will man diese Beiträge hypothekarisch sichern, so erübrigt lediglich die Eintragung einer Zwangshypothek gemäß §§ 866 und 867 ZPO. Den hierzu erforderlichen Zwangsvollstreckungstitel bildet das auf Grund des Art. 12 l. c. auszustellende vollstreckbare Ausstandsverzeichnis des Rentamts. Schwierigkeiten werden sich aber in den meisten Fällen daraus ergeben, daß gemäß § 866 Abs. III ZPO. als Voraussetzung für die Eintragung einer Zwangshypothek eine den Betrag von 300 Mk. übersteigende Forderung verlangt ist.

Da demzufolge für Beiträge in geringerer Höhe eine dingliche Sicherheit im Zwangswege überhaupt nicht erreicht werden kann, wird es sich fragen, ob es nicht zweckdienlich wäre, durch eine besondere landesgesetzliche Bestimmung die Beiträge zur land- und forstwirtschaftlichen Unfall- und Krankenversicherung als öffentliche Lasten der dem landwirtschaftlichen Betriebsunternehmer gehörigen Grundstücke zu erklären.

Die Wirkung der Pfändung nicht verfallener Mietzinsen gegenüber dem Mieter, der den Mietgegenstand vor Eintritt der Fälligkeit erwirbt.

Von Landgerichtsrat **Erich Aron** in Straßburg i. Els.

In einem beim Landgericht St. anhängigen Rechtsstreit kamen die beiden Fragen zur Entscheidung, ob die Pfändung nicht fälliger Mietzinsen eine Verfügung im Sinne des § 573 BGB. sei und ob diese Pfändung ihre Wirksamkeit behalte, wenn der Mieter selbst Erwerber des Mietgegenstandes vor Verfall der Mietzinsen wird.

Nach den Vorschriften des bisher in Geltung befindlichen Code civil wurde das Mietverhältnis durch Veräußerung der Liegenschaft nicht aufgelöst, der Käufer mußte den vom Verkäufer abgeschlossenen Vertrag anerkennen, vorausgesetzt, daß der Mieter den Nachweis führen konnte, daß der Mietvertrag vor dem Verkauf geschlossen war. Der Art. 1743 verlangte zwar, daß der Mieter einen authentischen oder einen mit einem sicheren Datum versehenen Mietvertrag hatte, allein seit Einführung der Zivilprozeßordnung konnte dieser Nachweis durch alle zulässigen Beweismittel erbracht werden, indem das Erfordernis der Urkunde nicht als eine Form-

vorschrift, sondern nur als eine Beweisvorschrift anzusehen war (§ 14 Nr. 2 EGZPO.). Ueber die Bedeutung des Art. 1743 und in Verbindung damit über die Frage, ob die Vorausverfügungen des Vermieters über spätere Mietzinsen dem neuen Erwerber gegenüber wirksam seien, bestanden bereits in dem Rechtsgebiete des Code civil verschiedene Ansichten. Die bejahende Ansicht, davon ausgehend, daß nach Art. 1743 eine vollständige Rechtsnachfolge in das Mietverhältnis stattfinde, nahm an, daß, da nach dem Rechtssatz niemand ein besseres Recht übertragen erhalten könne, als sein Rechtsvorgänger besaß, der Erwerber, wenn der Veräußerer infolge der Abtretung späterer Mietzinsforderungen an eine dritte Person kein Recht mehr auf den Mietzins hatte, auch keinen Anspruch auf den Mietzins erlangen konnte. Die verneinende Ansicht, welche in der Vorschrift des Art. 1743 keine Rechtsnachfolge in das Mietverhältnis erblickte, sondern ihr die Bedeutung beilegte, daß der neue Erwerber den Mieter nicht beseitigen und die Veräußerung nur an dem Fortbestehen des Mietverhältnisses nichts ändern könnte, nahm an, daß das Fortbestehen des Mietverhältnisses für den Erwerber auch für ihn den Anspruch auf die nach dem Erwerb verfallenden Mietzinsen begründe, welche an Stelle des Eigentumsgenusses träten, woran die erfolgte Zession nichts ändern könne, denn durch diese sei nur ein durch die Fortdauer des Eigentums bedingtes Recht des Verkäufers auf die Mietzinsen übertragen, welches Recht durch den Eigentumsübergang nicht eingetreten sei.

Durch das Transkriptionsgesetz vom 23. März 1855 war aber in Frankreich und damit auch für Elsaß-Lothringen eine Aenderung eingetreten, indem in Art. 2 Ziff. 5 bestimmt wurde, daß alle Akte und Urteile, welche Quittungen und Zessionen über einen noch nicht verfallenen Pacht- oder Mietzins von länger als 3 Jahren enthalten, transkribiert werden mußten, widrigenfalls sie gegenüber Dritten keine Wirkung äußerten. Damit war ausgesprochen, daß die Zessionen, die sich auf einen kürzeren Zeitraum beziehen, dem Erwerber der Liegenschaft gegenüber stets wirksam sind. In anderen Rechtsgebieten des Code civil wurde für den Fall der Zwangsversteigerung des Mietgegenstandes durch andere Vorschriften geholfen (vgl. Zachariae-Crome II § 349 Anm. 30 b, Puchelts Zeitschrift Bd. 4 S. 45, Bd. 15 S. 459, Bd. 23 S. 514 ff.).

Wie im französischen Recht gilt auch im BGB. der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete", der Kauf hat auf das Mietverhältnis keinen Einfluß, der Erwerber tritt an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen. Der Erwerber hat demnach auch den Mietzins, welcher nach dem Eigentumsübergang fällig wird, zu beanspruchen. Diese Rechte hat der Erwerber kraft eigenen Rechts, nicht aus dem Rechte des Verkäufers, des Vermieters, sie gehen nicht etwa kraft gesetzlicher Zession auf ihn über. An sich würden daher Vorausverfügungen des Vermieters über den Mietzins, welcher nach dem Eigentumsübergang fällig wird, den Erwerber nicht berühren und müßten mit dem Eintritt des Eigentums unwirksam werden. Das Gesetz macht aber in § 573 BGB. eine Ausnahme, indem es Vorausverfügungen des Vermieters über die Zeit des Eigentumswechsels hinaus insoweit wirksam sein läßt, als sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Eigentumsübergangs laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen und über diese Zeit noch hinaus, wenn der Erwerber sie zur Zeit des Eigentumsübergangs kennt, wobei es gleichgültig ist, auf welche Weise der Erwerber die Kenntnis erlangt hat, ob vom Mieter oder von einem Dritten. Die Protokolle II. Lesung S. 1888 führen als Grund dieser Ausnahme an: „Verfügungen über den Mietzins der nächsten Zeit seien oft für den Vermieter eine wirtschaftliche Notwendigkeit, sie müßten deshalb mit der Wirkung gestattet sein, daß sie auch dem Erwerber gegenüber ohne weiteres Geltung hätten". Das Gesetz spricht nur von „Verfügung", ohne zu erwähnen, ob nur die im Wege eines Rechtsgeschäfts oder auch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung gemeint sei. Es wird daher die Ansicht vertreten, daß der § 573 BGB. sich nicht auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen beziehe. Diese Ansicht begründet man teils damit, daß das Gesetz nicht, wie in anderen Fällen, bestimmt hat, daß die Vorschrift auch für Vollstreckungs-Arrestverfügungen gelte, teils damit, daß die Vorschrift nur im ausschließlichen wirtschaftlichen Interesse des Vermieters getroffen sei. Die einschränkende Auslegung des § 573 verdient jedoch keine Billigung.

Es ist allerdings zutreffend, daß das BGB. in einer Reihe von Vorschriften ausdrücklich ausgesprochen hat, daß der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleichsteht, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt (vgl. §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883, 2115), allein damit hat der Gesetzgeber nicht andeuten wollen, daß in anderen Fällen, in denen nur von Verfügung die Rede ist, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte ausgeschlossen sein sollte. Schon die Motive Bd. I sagen S. 128: „Den Verfügungen und insbesondere den Veräußerungen, welche der Beteiligte selbst vornimmt, stehen diejenigen gleich, welche, wie bei der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung, aus seinem Rechte erfolgen. Wenn dies in einzelnen Fällen im Interesse der Deutlichkeit besonders hervorgehoben ist, so darf daraus für andere Fälle kein gegenteiliger Schluß gezogen werden". Aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 573 wird man daher nicht schließen dürfen, daß die im Wege

der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung ausgeschlossen sein sollte, auch andere Gründe sprechen nicht für eine solche Annahme. Der in den Protokollen für die Aufnahme der Vorschrift angegebene Grund, daß Verfügungen über den Mietzins der nächsten Zeit oft für den Vermieter eine wirtschaftliche Notwendigkeit seien, spricht nicht dafür, daß nur rechtsgeschäftliche Verfügungen getroffen sein sollen. Dem Vermieter kann es gleichgültig sein, ob er im Wege des Rechtsgeschäfts freiwillig über die Mietzinsen verfügt oder ob sein Gläubiger gegen seinen Willen sie im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt, auch in diesem Falle gelangen sie aus seinem Rechte an den Gläubiger. In beiden Fällen liegt die Verfügung in dem Interesse des Vermieters und es kann keinen Unterschied machen, ob der Vermieter die Person bestimmt, welche die Mietzinsen haben soll oder nicht. Gerade die Zulässigkeit der Pfändung der Mietzinsen für eine spätere Zeit kann im wirtschaftlichen Interesse des Vermieters liegen, indem dadurch dem Gläubiger unter Umständen die Möglichkeit gegeben wird, sich aus den Mietzinsen für seine Forderung zu befriedigen und eine Zwangsvollstreckung in das Mietobjekt selbst dadurch überflüssig werden kann, der Vermieter selbst aber zu jener Zeit noch nicht an eine freiwillige Veräußerung des Mietobjektes dachte. Was dem Vermieter selbst erlaubt ist, muß übrigens auch seinem Gläubiger gestattet sein.

Der Mieter selbst hat kein Interesse daran, ob die Vorausverfügung im Wege des Rechtsgeschäfts oder der Zwangsvollstreckung erfolgt, er ist in gleicher Weise geschützt, ob er an die durch den Vermieter bestimmte Person, wie Zessionar, oder an den pfändenden Gläubiger des Vermieters den Mietzins zahlt.

Auch für den Erwerber, den Käufer, ist es ohne Bedeutung, ob ihm die Mietzinsen auf Grund einer Abtretung durch den Vermieter oder auf Grund einer Pfändung durch den Gläubiger des Vermieters entzogen sind, er muß bei dem Erwerb damit rechnen, daß ihm die Mietzinsen für die nächste Zeit entzogen sind, und wird sich in dieser Richtung bei dem Mieter über die Sachlage erkundigen müssen.

In Wirklichkeit ist die im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkte Pfändung des Mietzinsenanspruchs nichts anderes, als wenn die Forderung vom Vermieter freiwillig abgetreten wird. Nach § 836 ZPO. ersetzt die Ueberweisung die förmliche Erklärung des Schuldners, von welcher nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist. Die vom Gericht erklärte Ueberweisung steht also der freiwillig abgegebenen Erklärung des Vermieters, wenn er die Mietzinsforderung im Wege des Rechtsgeschäfts abtritt, gleich. Die Zulässigkeit der Pfändung und der Abtretung von Forderungen stehen sich im allgemeinen gleich. Nach § 400 BGB. kann eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist, man wird daher auch sagen dürfen, soweit die Forderung abgetreten werden kann, darf sie auch gepfändet werden und ist die Pfändung nicht auszuschließen, soweit nicht ganz besondere Gründe dagegen sprechen, was hier nicht der Fall ist.

Auch die denselben Zweck verfolgende Vorschrift in § 1124, in welcher bestimmt ist, daß, wenn der Miet- oder Pachtzins eingezogen wird, bevor er zugunsten des Hypothekargläubigers in Beschlag genommen wird oder wenn vor der Beschlagnahme in a n d e r e r Weise über ihn verfügt wird, die Verfügung dem Hypothekargläubiger gegenüber wirksam ist, spricht für die hier vertretene Ansicht, indem die Behandlung des Mietzinses in beiden Fällen die gleiche ist. Die Motive (Bd. III S. 663 ff.) heben hierbei hervor: „Der Eigentümer, welcher das Grundstück vermietet oder verpachtet, muß nicht selten dem Mieter gegenüber auf Vorauszahlung des Zinses bestehen, wenn er nicht Gefahr laufen will, seine Forderung zu verlieren. Dem Mieter kann aber auch, wenn nicht von vornherein verabredet ist, daß der Zins vorausbezahlt werden solle, nicht zugemutet werden, zu einer Vorauszahlung, die nichts Ungewöhnliches hat, die Zustimmung des Hypothekengläubigers einzuholen. Was von der Vorauszahlung gilt, muß aus Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage der Beteiligten auf alle Verfügungen ausgedehnt werden, welche der Vermieter über die Zinsforderung trifft.“ Es besteht nun Einstimmigkeit, daß im Fall des § 1124 BGB. auch die Pfändung als Verfügung anzusehen ist. Aus der verschiedenen Ausdrucksweise in § 573 und in § 1124, indem es dort einfach heißt „eine Verfügung“ usw., während das Gesetz hier sagt: „oder wird in anderer Weise verfügt“ kann eine verschiedene Auffassung nicht hergeleitet werden, da die verschiedene Wortfassung keine beabsichtigte gewesen ist.

Es macht auch keinen Unterschied, ob der Erwerber das Mietobjekt im Wege eines freihändigen Kaufes oder im Wege der Zwangsversteigerung als Ersteher erlangt hat, das Gesetz spricht allgemein, ohne einen Unterschied zu machen. Nach § 57 des ZwVG. findet auch im Fall der Zwangsversteigerung die Vorschrift des § 573 Satz 1 entsprechende Anwendung.

Mit dem hier vertretenen Standpunkt stimmt die Mehrzahl der Gerichte überein, auch das Reichsgericht hat sich in diesem Sinne ausgesprochen (vgl. Bd. 58 S. 181 ff.).

Ist hiernach die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung der rechtsgeschäftlichen in ihrer Wirkung nach § 573 BGB. gleichzuachten, so fragt es sich, ob der Umstand von Bedeutung ist, daß der Mieter selbst Erwerber des Mietgegenstandes wird. Durch Vereinigung des Eigentums in der Hand des Mieters ist der Mietvertrag an sich erloschen, der Mieter hat von

dem Erwerbe an den Genuß der Sache kraft seines Eigentums und braucht daher keine Zinsen mehr zu zahlen, die Miete an der eigenen Sache ist, abgesehen von dem Fall, in welchem der Eigentümer die Sache von demjenigen mieten kann, dem ihr Gebrauch zusteht, unzulässig. Dieses Ergebnis müßte dahin führen, daß jede Vorausverfügung über den Mietzins mit dem Zeitpunkt hinfällig wird, in welchem der Mieter Erwerber wird, man müßte die Wirksamkeit der Vorausverfügung als eine durch die Fortdauer des Eigentums in der Person des Vermieters bedingte ansehen. Diese Ansicht ist jedoch vom Gesetz nicht angenommen, denn der § 573 BGB. bestimmt ausdrücklich, ohne daß man der rechtlichen Konstruktion des Satzes „Kauf bricht nicht Miete" in § 571 ff. BGB. näher zu treten braucht, daß die Vorausverfügung über den Mietzins für eine bestimmte Zeit stets wirksam ist und daß es demnach unerheblich ist, wer zu jener Zeit Eigentümer des Mietgegenstandes ist, zu welcher die wirksam gepfändeten Mietzinsen fällig werden, eine dritte Person oder der Mieter selbst. Eine Benachteiligung des Mieters wird dadurch nicht hervorgerufen. Erwirbt der Mieter den Gegenstand im Wege des freihändigen Verkaufs, so kann er, da er durch den ihm zugestellten Pfändungsbeschluß Kenntnis von der Vorausverfügung des Mietzinses hat, den ihm entzogenen Mietzins bei der Höhe des von ihm angebotenen Kaufpreises berücksichtigen, nötigenfalls noch dem Vermieter bei Zahlung des Kaufpreises in Abzug bringen. Ersteht er dagegen den Mietgegenstand im Zwangsversteigerungsverfahren, so kann er sein Gebot danach einrichten (vgl. Rspr. d. OLG. Bd VII S. 469). Der Mieter erwirbt, wie jede dritte Person, den Gegenstand in demjenigen Zustande, wie der Vermieter ihn hatte, mit denselben Beschränkungen und Belastungen. Der Mieter wie jeder andere Erwerber muß damit rechnen, daß ihm für eine im Gesetz bestimmte Zeit die Mietzinsen nach § 573 BGB. entzogen sein können, er muß sich diese Beeinträchtigung trotz Beendigung des Mietverhältnisses gefallen lassen, da die Wirksamkeit der Vorausverfügung bereits vor seinem Erwerb eingetreten ist.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zu § 72 HGB. (Ein Beitrag zur Rechtsprechung der Kaufmannsgerichte.) J. B. war bei dem Immobilien-Inhaber D. als „Stadtreisender" mit einem Monatsgehalt von 200 Mk. angestellt. Ueber Kündigung war nichts vereinbart. Die Tätigkeit des Angestellten bestand darin, daß er die Kunden aufzusuchen und deren Wünsche bezüglich Hypothekenaufnahmen, Kapitalsrückzahlungen usf. entgegenzunehmen hatte. Im Geschäft wurde ein sog. Kontrollbuch geführt. In dieses hatte der Stadtreisende jeden Abend einzutragen, wen er am Tag besucht und welche Aufträge er entgegengenommen hatte. Am 2. Oktober 1905 — dem Oktoberfest-Montag — wurden von dem Reisenden fünf Kunden, als an diesem Tage besucht, in das Kontrollbuch eingetragen. Auf Recherche erfuhr der Geschäftsinhaber, daß der Reisende zwei der eingetragenen Besuche überhaupt nicht gemacht hatte. Er kündigte dem Reisenden hierauf gemäß § 72 HGB. Auf Klage des Reisenden sprach das Kaufmannsgericht aus: „Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, den Kläger bis zum 31. Dezember weiter zu beschäftigen."

In der Begründung führt es aus: Es seien hinsichtlich der Eintragung vom 2. Oktober zweifellos Unregelmäßigkeiten und Unrichtigkeiten nachgewiesen. Diese könnten aber als wichtiger Grund im Sinne des § 70 Abs. 1 HGB. nicht erachtet werden. In erster Linie komme in Betracht, daß der 2. Oktober Oktoberfest-Montag sei, der in ganz München als halber Feiertag erachtet werde. Es sei daher glaubhaft, daß der Kläger, auch wenn er sich bemüht hätte, an diesem Tage recht wenig Kundschaft angetroffen und recht wenig Geschäfte erzielt hätte. Ferner sei das Gericht der Anschauung, daß der Kläger, falls er für diesen Tag überhaupt keine Einträge gemacht und sich auf den Oktoberfest-Montag hinausgeredet hätte, nicht entlassen worden wäre. Kläger habe daher lediglich Schönfärberei angestrebt. Auch eine Vermögensschädigung sei nicht gegeben, da Kläger nach Anschauung des Gerichtes an diesem Tage schwerlich ein Geschäft erzielt haben würde.

Da der Streitwert 600 Mk. betrug, war Berufung zum Landgericht gegen dieses Urteil zulässig. In der Berufungsbegründung wurden die Ausführungen des Kaufmannsgerichts als irrtümlich bekämpft und hervorgehoben, daß es auch in München keinen Rechtssatz gäbe, wonach am Oktoberfest-Montag der Angestellte seinen Prinzipal durch falsche Einträge betrügen dürfe. Es wurde auch darauf hingewiesen, daß der Urteilstenor, den das Kaufmannsgericht in diesem, wie auch in anderen ähnlichen Fällen ausspreche, rechtlich unzulässig sei, da der Prinzipal keine Pflicht habe, den Handlungsgehilfen zu beschäftigen, sondern lediglich, wenn die Kündigung zu Unrecht erfolgt sei, zu bezahlen. (BGB. § 611, Staub § 70 Anm. 25.)

Das Landgericht hat ohne weitere Beweiserhebung das Urteil des Kaufmannsgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es führt aus, es könne keinem Zweifel unterliegen, daß Kläger die falschen Einträge in der Absicht gemacht habe, seinen Prinzipal über die von ihm entwickelte Tätigkeit zu täuschen. In diesem Verhalten sei eine grobe Verletzung der Pflicht, seine Obliegenheiten getreulich zu erfüllen und seinem Prinzipal darüber ehrlich und wahrheitsgemäß Auskunft zu geben, zu erblicken. Es komme rechtlich nicht darauf an, ob durch die falschen Einträge ein nachweisbarer Vermögensschaden entstanden sei. Die Beschönigungsversuche des Klägers, besonders sein Vorbringen, es wäre ihm vielleicht nicht übel genommen worden, wenn er am Oktoberfestmontag überhaupt nicht gearbeitet hätte, seien haltlos. Er habe durch die falschen Eintragungen das Vertrauen des Prinzipals in seine Zuverlässigkeit so erschüttert, daß Letzterem nicht zugemutet werden könne, ihn weiter im Dienste zu behalten.

Jedes Wort juristischer Kritik dürfte die Wirkung des „Oktoberfest-Montag"urteils nur abschwächen. Im vorliegenden Fall war der Streit-

wert 600 Mk. Wäre er nur 300 Mk. gewesen, dann hätte der Prinzipal dem untreuen Angestellten, ohne eine Berufungsmöglichkeit zu haben, diesen Betrag auf Grund dieses Urteils zahlen müssen. Welchen Gefahren die Prinzipale ausgesetzt sind, wenn eine derartige Rechtsprechung in Sachen einreißt, bei denen keine Berufungsmöglichkeit besteht, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Wie recht hat Professor Dr. Jaeger gehabt, als er in dieser Zeitschrift (1. Jahrgang S. 3) bei Besprechung der Kaufmannsgerichte ausrief: „Die Erhöhung der Berufungssumme verkümmert in tief bedauerlicher Weise den Kampf ums Recht."

Rechtsanwalt Dr. Dispeker in München.

Verpflichtung des ersuchten Grundbuchamts zur Aufnahme von Erklärungen (§ 59 GBO., §§ 159 GVG.)[1]

Im 4. Hefte dieser Zeitschrift ist eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 19. Juni 1905 veröffentlicht worden, welche dem vom Amtsgerichte R. als Nachlaßgericht auf Ersuchen des Amtsgerichts T. als Nachlaßgerichts über die Bewilligung der Löschung einer im Grundbuch des Amtsgerichts T. eingetragenen Nachlaßhypothekforderung aufgenommenen Protokoll die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 29 der GBO. und des § 415 der ZPO. deshalb abspricht, weil das Amtsgericht R. zur Entgegennahme der Löschungserklärung nicht zuständig und auch nicht von der zuständigen Behörde, nämlich von dem Amtsgerichte T. als Grundbuchamt, zur Entgegennahme ersucht worden sei.

In der Begründung dieser Entscheidung ist nicht gewürdigt worden, welchen Einfluß es auf die Frage der formalen Gültigkeit der vom Amtsgerichte R. auf Ersuchen des Amtsgerichts T. aufgenommenen Urkunde über die Löschungsbewilligung der Nachlaßhypothek hat, daß das ersuchende Amtsgericht T. das sowohl zur Nachlaßbehandlung als auch zu den Verrichtungen des Grundbuchamts bezüglich der zum Nachlasse gehörigen Hypothekforderung zuständige Gericht ist, und daß in Bayern keine (selbstständigen) Grundbuchämter[2]) bestehen, vielmehr die bestehenden Amtsgerichte für die Verrichtungen des Grundbuchamtes für zuständig erklärt sind (Art. 1 des AG. zu der GBO.), ferner daß gemäß Art. 19 des AG. zum Reichsgerichtsverfassungsgesetze mehrere Richter desselben Amtsgerichts sich gegenseitig vertreten, und endlich, daß die Zuständigkeit überhaupt nicht an die Person des einzelnen Richters geknüpft ist, sondern an das Gericht in der Weise, daß eine Handlung nicht um deswillen ungültig ist, weil sie von einem Amtsrichter vollzogen ist, welchem ihre Erledigung durch die Geschäftsverteilung des Amtsvorstandes oder durch eine anderweitige aufsichtsbehördliche Anordnung nicht übertragen war, daß also jeder Amtsrichter des Gerichts als solcher einen Akt, zu dessen Vornahme das Amtsgericht durch das Gesetz für zuständig erklärt ist, gültig vornehmen kann. Aus diesen Gründen hat ja auch das Staatsministerium der Justiz in seiner Entschließung vom 5. Februar 1900 Nr. 3652 mit Bezug auf die Tatsache, daß vor dem Verlassenschaftsgerichte von den Erben des Uebergebers eines Anwesens die Zustimmung zur Umschreibung eines im Uebergabsvertrage nicht der Plannummer nach bezeichneten Grundstückes auf den Uebernehmer erklärt und auf Grund dieser Bewilligung durch den Anlegungsbeamten die Eintragungsanordnung erlassen und vollzogen worden war, ausgesprochen, daß keine Veranlassung bestehe, die Sache weiter zu verfolgen; denn wenn allerdings auch das Verlassenschaftsgericht als solches zu Beurkundungen, wozu nach Art. 10 des AnlG. das Hypothekenamt für zuständig erklärt sei, nicht befugt sei, so sei die Beurkundung im vorliegenden Falle doch durch dasjenige Gericht erfolgt, welchem sowohl die Hypothekengerichtsbarkeit über das fragliche Grundstück als auch die Tätigkeit des Nachlaßgerichts zustehe (cf. auch Henle-Dandl, AnlG., II. Aufl., Art. 10 Anm. 1).

Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Fall:

Wenn auch dem Nachlaßrichter des Amtsgerichts T. die Verrichtungen dieses Gerichts als Grundbuchamtes durch die Geschäftsverteilung nicht übertragen waren, so ist das von ihm an das Amtsgericht R. gestellte Ersuchen um Herbeiführung einer Löschungserklärung der Erben des eingetragenen Hypothekgläubigers, dessen Hypothekforderung im Grundbuch des Amtsgerichts T. eingetragen ist, doch nicht ungültig. Sein Ersuchen ist vielmehr nicht anders zu behandeln, wie wenn es derjenige Richter des zuständigen Amtsgerichts gestellt hätte, welchem durch die Geschäftsverteilung die Erledigung der Verrichtungen des Grundbuchamtes zugewiesen worden ist.

Sein Ersuchen stellt sich daher dar als ein Ersuchen einer hierzu zuständigen Behörde.

Das Ersuchen ist aber auch an eine zur Erledigung von derartigen Ersuchen zuständige Behörde gerichtet worden, nämlich an das Amtsgericht R., in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten, und ist von diesem Gerichte auch erledigt worden durch Aufnahme des Protokolls über die Vernehmung der Beteiligten über die Hypotheklöschung, wobei es, wie bereits dargelegt worden ist, auf die Gültigkeit des Protokolls als einer öffentlichen Urkunde ohne Einfluß ist, daß nicht der Richter,

---

[1]) Vgl. hierzu auch die Mitteilung in Nr. 5 dieses Jahrgangs S. 97.

[2]) Die Geschäftsverteilung hat nur Bedeutung für den inneren Dienst des Amtsgerichts. Nach außen hin gibt es in Wirklichkeit ebensowenig „Grundbuchämter" wie Grundbuchanlegungsämter, Nachlaßgerichte, Vormundschaftsgerichte, Prozeßgerichte usw., ebensowenig Gerichtsschreibereien, sondern nur Amtsgerichte. Anträge und Eingaben sind daher eigentlich nicht an das betreffende einzelne Referat oder den Einzelrichter zu richten, sondern an das Amtsgericht, dessen Vorstand nach erfolgter Präsentation des Einlaufs die Vorlage an den nach der Geschäftsverteilung mit der Erledigung des Einlaufs betrauten Referenten veranlassen wird. Dies ist um so zweckmäßiger, als ja die ersuchende Behörde oder die antragstellende Partei oft gar nicht wissen kann, welchem der einzelnen Referenten oder Referate durch die Geschäftsverteilung die Erledigung zugewiesen ist; z. B. kann ja die Erledigung der Ersuchen in Nachlaßsachen, Vormundschaftssachen, Grundbuchsachen einem anderen Richter zugeteilt sein als dem Nachlaßrichter, Vormundschaftsrichter, Grundbuchrichter. Daher besteht auch kein innerer Grund, warum nur die an das Amtsgericht gerichteten Posteinläufe vom Amtsgerichtsvorstande geöffnet und präsentiert werden sollten, während die Oeffnung und Präsentation der an das Prozeßgericht, Nachlaßgericht usw. gerichteten Posteinläufe von dem betreffenden Referenten zu erfolgen hätte.

welchem sonst die Erledigung der Grundbuchsachen durch Geschäftsverteilung zugewiesen ist, sondern der mit der Erledigung der Nachlaßsachen betraute Richter das Protokoll aufgenommen hat.

Das Protokoll des Nachlaßrichters am Amtsgericht N. ist daher eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 der GBO. Trotzdem ist das Amtsgericht N. nicht berechtigt, die Erledigung des zweiten Ersuchschreibens des Amtsgerichts T., nämlich des Grundbuchrichters an diesem Amtsgerichte, welcher um die Vernehmung der Erben über die Hypotheklöschung zu gesondertem Protokolle ersucht, zu verweigern. Denn schon das erste Ersuchen des Nachlaßrichters am Amtsgerichte T. war auf die Aufnahme eines gesonderten Protokolls über die Hypotheklöschung gerichtet gewesen, und eine Erledigung dieses Ersuchens ist nicht erfolgt, obwohl ein gesetzlicher Grund zur Verweigerung der Erledigung nicht vorliegt und die Frage der bloßen Zweckmäßigkeit der Handlung, um deren Vornahme ersucht wird, das ersuchte Gericht zu prüfen nicht berechtigt ist (§ 159 GVG.).

Oberamtsrichter **Weber** in Werneck.

Unlauterer Wettbewerb und Schwurgericht in Bayern. In der Generaldebatte zum Justizetat wurde jüngst in der bayerischen Abgeordnetenkammer vielfach eine Abänderung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gefordert. Es wurde auch geklagt, daß die Staatsanwaltschaft bei Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs versage. Nun sind die in jenem Gesetze normierten Straftaten, mit Ausnahme einer einzigen und gerade der leichtesten, nämlich der Uebertretung des § 5, Antragsdelikte. Die öffentliche Klage wird von der Staatsanwaltschaft ihretwegen nur erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt (§ 12). Im öffentlichen Interesse liegt aber die Erhebung der öffentlichen Klage regelmäßig nur dann, wenn nicht bloß das Interesse eines einzelnen, sondern das eines größeren Personenkreises oder Treu und Glauben im öffentlichen Verkehr gefährdet oder verletzt wird. Betrachtet man die vom Gesetz mit Strafe bedrohten Tatbestände näher, so ergibt sich, daß in den Fällen der §§ 7, 9 (und 10 fast ausnahmslos nur das Interesse eines einzelnen in Frage steht. Es ist immer ein ganz bestimmtes Geschäft oder eine bestimmte Person, zu deren Nachteil hier gehandelt wird. Die Oeffentlichkeit wird dadurch für gewöhnlich nicht in dem Maße berührt, daß die Erhebung der öffentlichen Klage im öffentlichen Interesse läge. Bezüglich des § 7 mag noch auf die nahe Verwandtschaft mit § 187 StGB. und darauf hingewiesen werden, daß bei Verleumdung eines Privaten die Staatsanwaltschaft kaum jemals die öffentliche Klage erheben wird. In den Fällen der §§ 7, 9 und 10 des Gesetzes wird also die Staatsanwaltschaft bei dem derzeitigen Stand der Gesetzgebung in der Regel die öffentliche Klage von vornherein nicht erheben, sondern dem Verletzten die Verfolgung im Wege der Privatklage vor den Schöffengerichten überlassen (§ 12, IV). Anders verhält es sich mit § 4 des Gesetzes — unlautere Reklame. Schon aus seinem Wortlaute — „öffentliche Bekanntmachungen" und „Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind" — folgt, daß nicht lediglich das Interesse eines einzelnen berührt wird. Die unlautere Reklame schädigt oder kann doch wenigstens schädigen zwei größere Personenkreise, einerseits die Inhaber von gleichen Geschäften, wie das, welches die unlautere Reklame treibt; anderseits das kaufende Publikum. Die Allgemeinheit wird hier in Mitleidenschaft gezogen. Deswegen sind es die Fälle der unlauteren Reklame, die am ersten im Wege der öffentlichen Klage zu verfolgen sind. Auch ihre große Häufigkeit läßt die Verfolgung von Amts wegen dringend wünschenswert erscheinen. Dem stellt sich aber in Bayern in einer großen Anzahl von Fällen eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit entgegen. Die unlautere Reklame wird oft, um nicht zu sagen regelmäßig, „mittels eines Preßerzeugnisses" verübt Jedes gedruckte, am Ladenfenster oder sonst öffentlich angeschlagene Plakat z. B., jede Anzeige in der Tagespresse, jede auf der Schreibmaschine (!) vervielfältigte geschäftliche Mitteilung, welche für einen größeren Kreis von Personen, also zur Verbreitung bestimmt ist, ist ein „Preßerzeugnis" im Sinne des § 2 des Preßgesetzes. Enthalten sie die in § 4 bezeichneten unwahren Angaben, so ist das Delikt dieses Paragraphen durch die Presse verübt und bei Erhebung der öffentlichen Klage in Bayern die schwurgerichtliche Zuständigkeit — Art. 35 bayr. AG. z. GVG. —, damit aber weiter die Notwendigkeit der gerichtlichen Voruntersuchung gegeben (§ 176, I StPO.). Bei dieser Sachlage würden durch die Erhebung der öffentlichen Klage die Untersuchungsrichter und vor allem die Schwurgerichte bei uns mit einer Menge von Arbeit belastet, die ihrer sachlichen Wichtigkeit nach dies nicht rechtfertigt. Nimmt man die Umständigkeit der Schwurgerichte dazu und die größere Langsamkeit ihres Verfahrens, so ist es begreiflich, daß die Staatsanwaltschaft in den Fällen des unlauteren Wettbewerbs, die durch die Presse verübt sind, leicht zur Verneinung des öffentlichen Interesses kommt. Daß diese aber eine große Zahl aller Fälle ausmachen, ist oben schon hervorgehoben. Es wird deshalb mit auf die schwurgerichtliche Zuständigkeit zurückzuführen sein, wenn die Staatsanwaltschaft bei uns nicht öfter die öffentliche Klage wegen unlauteren Wettbewerbs erhebt. Dieser Hemmungsgrund ließe sich verhältnismäßig einfach beseitigen. Es wäre dazu nur nötig, den in Art. 35 AG. z. GVG. bezeichneten drei Ausnahmen als vierte beizufügen: die durch die Presse verübten Vergehen des unlauteren Wettbewerbs. Damit würde etwas nachgeholt, was man bei Einführung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vielleicht nur deshalb unterließ, weil man eben nicht daran dachte. Daß diese Ausnahme sachlich gerechtfertigt wäre, bedarf wohl keiner näheren Begründung. Warum sollte z. B. auch ein durch gedruckte Plakate angekündigter unreeller Ausverkauf vors Schwurgericht oder ein in der durch § 4 verpönten Weise erfolgtes Warenangebot mittels eines auf der Schreibmaschine vervielfältigten Schreibens? Durch die Bestimmung dieser Ausnahme aber würde unsere Landesgesetzgebung einer weit häufigeren Verfolgung des unlauteren Wettbewerbs im Wege der öffentlichen Klage die Bahn frei und dadurch ihrerseits das Reichsgesetz zu seiner Bekämpfung bei uns wirksamer machen und die Klagen darüber vielleicht mindern.

Amtsrichter Dr. **Keßler** in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 463, 472, 254 BGB. Vorausgesetzter aber beim Kaufe nicht erwähnter außerordentlicher Wert der Sache kommt bei Berechnung des Minderwerts und Schadensersatzes nicht in Betracht. Der Umstand, daß die Kläger auf den gekauften Grundstücken eine Fuhrhalterei einzurichten beabsichtigten und daß die Grundstücke in dem zugesicherten Umfang zur Verwirklichung dieser Absicht sich eigneten, ist für den objektiven Wert, den sie hatten, nicht von Belang. Denn es ist nichts dafür erbracht, daß gerade die fraglichen Grundstücke vor allen andern für die Einrichtung einer Fuhrhalterei geeignet gewesen und daß sie für den Betrieb dieses Gewerbes allein oder vorwiegend in Frage gekommen seien. Es ist auch niemals dort eine Fuhrhalterei betrieben worden. Bei der Berechnung des Minderwerts aber kann allein der objektive Wert in Frage kommen. Allerdings haben die Kläger auch die Schadensersatzklage wegen Nichtgewährung der zugesicherten Größe erhoben und in dieser Beziehung könnte auch der Gewinn, den die Kläger durch den Betrieb einer Fuhrhalterei auf den erkauften Grundstücken erzielt hätten, unter Umständen in Frage kommen. Der Vorderrichter geht jedoch nicht fehl, wenn er den Schaden, den die Kläger durch Vereitelung dieses Betriebs erlitten haben wollen, als einen ungewöhnlichen bezeichnet. Denn da die Grundstücke zu einer Fuhrhalterei weder eingerichtet noch besonders geeignet waren, bedurfte es der Verkettung mit besonderen in der Person der Kläger begründeten Umständen, um den Schaden herbeizuführen. Die Begründung des Vorderrichters gibt allerdings insoferne zu Bedenken Anlaß, als er auf § 254 Abs. 2 BGB. verwiesen hat. Diese Vorschrift hat, soweit sie sich auf Verträge bezieht, Vorgänge bei deren Erfüllung im Auge, während es sich hier um Vorgänge beim Vertragsschluß handelt. Aber auch hierbei müssen im wesentlichen die gleichen Grundsätze gelten. Es kann dem Verkäufer nicht zugemutet werden, daß er für eine Benutzungsweise der Grundstücke aufkommt, die er nicht zugesichert hat, nicht voraussehen konnte und auch nicht durch Mitteilung des Käufers erfahren hat. (Urt. des V. ZS. vom 20. Januar 1906.) ———r.

434

II.

Zu §§ 2202, 2368, 839 BGB., 29, 36 Abs. 2, 12 GBO. Die Klage gegen den Justizfiskus auf Ersatz des Zinsverlustes, der durch Nichterledigung einer Auflassung seitens des die Legitimation des Testamentsvollstreckers bezweifelnden Grundbuchrichters entstanden war, wurde aus folgenden Hauptgründen abgewiesen: Da das Amt des Testamentsvollstreckers erst mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Ernannte durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte das Amt annimmt (BGB. § 2202), so muß dem Grundbuchamte die Annahme nachgewiesen werden, wenn der Testamentsvollstrecker vor dem Grundbuchamte eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand treffen will. Wird dem Grundbuchamte zur Legitimation des Testamentsvollstreckers die letztwillige Verfügung in einer öffentlichen Urkunde, in der die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthalten ist, nebst dem Protokolle über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt, so muß die Annahme des Amtes seitens des Testamentsvollstreckers nach § 29 GBO. durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden. Kann der Nachweis der Annahme nicht in anderer Weise durch eine öffentliche Urkunde erbracht werden, so muß eine Bescheinigung des Nachlaßgerichts über die Annahme durch den Testamentsvollstrecker verlangt werden (KG. in RJA. 4. 265). Wird dagegen dem Grundbuchamte das Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Ernennung des Testamentsvollstreckers (BGB. § 2268) vorgelegt, so muß es hierdurch allein auch den Nachweis der Annahme als geführt ansehen. Dies ergibt sich unverkennbar aus den Vorschriften des § 36 Abs. 2 GBO., wonach das Grundbuchamt zum Legitimationsnachweise des Testamentsvollstreckers in allen Fällen höchstens die Vorlegung des Ernennungszeugnisses (§ 2368 BGB.) verlangen darf. War hiernach die vom Amtsrichter Z. bei der Verhandlung mit den bei der Auflassung Beteiligten geäußerte Rechtsansicht nicht richtig, so folgt daraus doch keineswegs, daß er damit fahrlässig die ihm den Klägern gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Es ist in der Literatur schon die Meinung vertreten worden, daß das Zeugnis nach § 2368 BGB. allein noch nicht zur Legitimation des Testamentsvollstreckers ausreiche (vgl. DJZ. 1903, 199, 243), auch ergibt sich die richtige Meinung nicht ohne weiteres aus dem Zusammenhalt der angezogenen §§ 2202 und 2368. Kläger meinen, weil die Zweifel des Z. objektiv unbegründet gewesen seien, habe er sie auch nicht hegen und äußern und demgemäß verfahren dürfen. Im wesentlichen ist dies auch der Standpunkt des Berufungsgerichts. Dies ist aber nicht richtig. Das Reichsgericht tritt vielmehr dem ersten Richter darin bei, daß auch der Grundbuchrichter Zweifel haben und darnach handeln darf, ohne sich einer Verletzung seiner Amtspflicht schuldig zu machen. Anders würde zu entscheiden sein, wenn bereits eine Entscheidung des Reichsgerichts oder (für Preußen) des Kammergerichts ergangen wäre, die alle Zweifel in der betreffenden Rechtsfrage abgeschnitten hätte. Das ist aber nicht geschehen. Der Grundbuchrichter war auf seine eigene Prüfung angewiesen und wenn er hierbei zu einer unrichtigen Ansicht gelangte und diese betätigte, so kann darin Fahrlässigkeit nicht gefunden werden. (Urt. V 276/05 v. 13. Jan. 1906).

421. — r.

III.

Zu §§ 433 Abs. 2, 812 BGB. Der Verkäufer kann im Zweifel Ersatz der durch ihn amortisierten Hypothekbeträge vom Käufer fordern.

Aus den Gründen: Der Berufungsrichter stellt fest, daß nach den für das B'r. Pfandbriefinstitut geltenden Statuten die Amortisationsquote zwar als Zubehör des Grundstücks anzusehen und daher zur Verfügung über sie dem Institut gegenüber nur der jeweilige Grundstückseigentümer befugt ist, daß aber im vorliegenden Falle der beim Kaufabschluß vorhandene Wille der Vertragschließenden dahin ging, es solle der amortisierte Betrag von 9500 Mk. nicht dem Käufer zukommen, sondern dem Verkäufer verbleiben. Die Revision hält diese Feststellung nicht für ausreichend, um eine Verurteilung des Beklagten zur Herauszahlung der 9500 Mk. zu rechtfertigen. Kläger hätte eine besondere Vereinbarung beweisen müssen, der Kaufvertrag als solcher bilde für den Klaganspruch keine Grundlage, denn um Kaufgeld handle es sich nicht. Dies ist unrichtig. Nach dem Inhalt des Kaufvertrags sollte der Kaufpreis 422500 Mk. betragen und in Höhe von 198000 Mk. durch Uebernahme der fraglichen Amortisationshypothek von gleichem Nominalbetrage gedeckt werden. Erwies sich später diese Schuldübernahme teilweise wegen Nichtmehrbestehens der Hypothek als gegenstandslos, so entstand daraus für den Verkäufer das Recht, den noch unberichtigten Teil des Kaufpreises mangels anderweiter, seine Berichtigung regelnder Vertragsbestimmungen in bar zu verlangen. — Der zweite

subsidiäre Klagegrund der ungerechtfertigten Bereicherung kommt nicht in Betracht, da die Klage als Vertragsklage begründet ist. (Urt. V 373/05 vom 3. Februar 1906.) — — — r.

418

IV.

Nochmals die Frage der Zuständigkeit im Beschwerdeverfahren über die Ansetzung von Gebühren nach § 101 GKG. mit Art. 146 bayer. GebG. (vgl. diese Zeitschrift Jahrg. 1905 Nr. 6 S. 154 ff. u. Nr. 12 S. 285 ff.). Für die Aufnahme eines Prozeßvergleichs wurde von der Gerichtsschreiberei des Landgerichts N. als Prozeßgerichts außer der Gebühr nach § 23 II GKG. eine Gebühr nach § 101 GKG. und Art. 146 bayer. GebG. berechnet. Gegen die letztere wurden Erinnerungen erhoben, die vom Landgericht zurückgewiesen wurden. Auf Beschwerde erklärte sich das Oberlandesgericht N. für unzuständig und legte die Sache dem Obersten Landesgerichte vor. Dieses sprach seine Unzuständigkeit aus, worauf das Oberlandesgericht auf dem früheren Ausspruch beharrte und die Beschwerde zurückwies. Gegen diesen Beschluß wurde Beschwerde eingelegt, die dem Obersten Landesgerichte vorgelegt, von diesem aber gemäß Art. 6 EG. z. BGB. und § 8 EG. z. GVG. dem Reichsgerichte überwiesen wurde. Dieses hat den Beschluß des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Die Gebühr ist bei einem Prozeßgerichte aus Anlaß eines von diesem innerhalb seiner Zuständigkeit (§ 160 Ziff. 1 ZPO.) beurkundeten Vergleiches angefallen. Vergleichsgebühren hatte das Gericht zunächst nach § 23 II GKG. zu erheben. Dieses Gesetz hat aber selbst in seinem § 101 gegen Versuche, landesgesetzliche Gebühren durch Abschluß geringer zu bewertender gerichtlicher Vergleiche zu hinterziehen, Vorsorge getroffen und bestimmt, daß wenn die Gerichtsgebühr weniger als die landesgesetzliche Vergleichsgebühr beträgt, der Mehrbetrag neben der Gebühr des § 23 II zu erheben sei. Es könnte sich fragen, ob nicht durch diese vom Reichsgesetze angeordnete Zuschlagserhebung auch der Zuschlag selbst zur zivilprozeßrechtlichen Gebühr wird, weil die Gebührenfrage bei einem einheitlichen Gerichtsakt schwer zu trennen und auch für Zulässigkeit und Höhe des Zuschlags der ganze Prozeßstand erheblich ist. Die Entscheidung des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts (JW. 1897 S. 467) verneint dies allerdings, aber wenn man auch von ihr ausgeht, so stand es doch jeder Landesgesetzgebung nach § 4 EG. z. GVG. frei, auch für den als besondere Landesgebühr zu betrachtenden Zuschlag des § 101 GKG. bei Streit den ordentlichen Rechtsweg vor dem Prozeßgerichte zuzulassen. Dies hat die bayerische Gesetzgebung getan. Denn das bayerische Gesetz über das Gebührenwesen enthält keine Vorschrift, wonach über derartige landesgesetzliche Zuschläge zur reichsrechtlichen Vergleichsgebühr ein anderes Beschwerdeverfahren als das nach der Zivilprozeßordnung und dem Gerichtskostengesetz vorgeschriebene Platz greifen soll. Abt. II bestimmt sogar in Art. 7 betr. die der Landesgesetzgebung überlassenen Gebühren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und in Art. 23 bezüglich anderer dem Landesrecht vorbehaltener bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, daß das Gerichtskostengesetz Anwendung finden soll. Hieraus ist zu folgern, daß es nicht in einem so nebensächlichen Stücke, wie es § 101 GKG. enthält, ein besonderes Beschwerdeverfahren einführen wollte. In der IV. Abt., die von „Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" handelt und in der die Art. 46 ff. stehen, die das Oberlandesgericht für maßgebend hält, hat es unzweifelhaft nur die bei dem Richter in der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder bei dem Notariate anfallenden, nicht aber die beim ordentlichen Prozeßgerichte erwachsenen Gebühren, mögen diese auch Gebühren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sein, im Auge. Hiernach kann nur das gewöhnliche Beschwerdeverfahren auf Ansetzung einer Zuschlagsgebühr nach § 101 GKG. Anwendung finden. Sonach ist das Oberlandesgericht N. zuständig und ist nur noch dessen Erwägung zurückzuweisen, daß, weil die bekämpfte Gebühr eine solche ist, die gewöhnlich von Notaren für Immobiliar-Verträge und -Vergleiche erhoben wird, auch das Beschwerdeverfahren gegen Notariatsgebühren anzuwenden sei. Gerade die Behörde, von der die Gebühr angesetzt und erhoben wird, ist ausschlaggebend für die Art des Beschwerdeverfahrens. (Beschl. V. ZS. 14. Febr. 1906.) D.

441

V.

Zu § 177 FGG. Bei der gerichtlichen und der notariellen Beurkundung von Rechtsgeschäften darf die durch § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG. vorgeschriebene Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen unterschrieben sei, den Unterschriften der Beteiligten räumlich nachfolgen. Die dem Urteile vom 11. Juli 1905 (JW. S. 541 [38]) zugrunde liegende entgegengesetzte Annahme, wonach eine derartige Aufeinanderfolge der Unterschriften und des Feststellungsvermerks die öffentliche Beurkundung als solche nichtig macht, hat der Senat aufgegeben. (Beschl. des IV. ZS. vom 15. Februar 1906)[1]) — — — n.

435

VI.

Zu §§ 1298, 1300 BGB. Rechtliche Natur des Verlöbnisses. Folgen verweigerter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Widerruf der Verweigerung. Aus den Gründen: 1. Den Vorinstanzen ist darin beizupflichten, daß das Verlöbnis ein Vertrag ist. Die Ausführungen der Revision, es lägen nur zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor, sind unstichhaltig. Sie übersehen, daß die beiderseitigen Willenserklärungen in wechselseitiger Beziehung stehen. Denn jeder Teil erklärt nicht nur das Eheversprechen, sondern nimmt auch das des anderen Teiles an.

Wenn das Gesetz in §§ 1298, 1300 BGB. von dem Verlöbnisse spricht, so meint es natürlich ein gültiges Verlöbnis. Von einem solchen kann keine Rede sein, wenn der eine Teil ein gültiges, der andere ein ungültiges Versprechen abgegeben hat. Daher muß auch die Schlußfolgerung der Revision abgelehnt werden, der Anspruch einer unbescholtenen Frau aus §§ 1298, 1300 BGB. sei auch begründet, wenn zwar das Eheversprechen des Mannes, dem sie die Beiwohnung gestattet habe, gültig, ihr eigenes aber ungültig gewesen sei.

2. Ist das Verlöbnis ein Vertrag, so müssen auch die allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit Anwendung finden, insbesondere §§ 106 ff. BGB. Aus § 107 BGB. ergibt sich, daß ein Minderjähriger zum Abschluß eines Verlöbnisses der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Schließt er ein solches ohne diese Einwilligung, so hängt nach § 108 BGB. die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab. Hier hat der Vater der Klägerin die Genehmigung verweigert; zwar hat er dies nur der Klägerin gegenüber getan, allein es genügt, wenn die Erklärung gegenüber dem Minderjährigen oder dem anderen Teile erfolgt.

3. Infolge der Verweigerung der Genehmigung war der Verlöbnisvertrag von Anfang an unwirksam. Er konnte auch nicht durch Widerruf der Verweigerung wirksam werden. Die Verweigerung unterliegt im Falle des § 108 BGB. nicht dem Widerrufe. Auch die nachträgliche Genehmigung kann dem unwirksamen Vertrage nicht aufhelfen, denn sie bezieht sich auf ein erloschenes, nicht mehr vorhandenes Rechtsverhältnis, ist also gegenstandslos. (Urt. des IV. ZS. vom 9. November 1905). — — — n.

440

[1]) In der nächsten Nummer wird die Begründung der wegen ihrer Wichtigkeit hier sofort kurz mitgeteilten Entscheidung veröffentlicht werden.

VII.

Kann eine Entscheidung des Mannes über die religiöse Erziehung eines Kindes der Frau das Recht zur Verweigerung der ehelichen Folge geben, wenn der Mann in einem rechtlich unwirksamen Vertrage der Frau die Erziehung in einer anderen Konfession zugesichert hat? Der Kläger ist katholisch, die Beklagte ist evangelisch; in einem nach dem einschlägigen Landesrechte wegen Formmangels nichtigen Vertrage haben sie Erziehung der Kinder im evangelischen Bekenntnisse vereinbart. Da Kläger ein Kind in eine katholische Schule schicken wollte, hat sich die Frau von ihm getrennt. Die Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft wurde vom Berufungsgericht abgewiesen, weil der Kläger durch sein Verhalten das Vertrauen der Beklagten erschüttert habe. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob hieraus ein Scheidungsgrund zu entnehmen sei, meint aber, daß der Kläger sein Recht mißbrauche, wenn er trotz des von ihm verschuldeten Risses in den ehelichen Beziehungen Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verlange. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Revision meint, daß ein Mißbrauch des Rechts ein Verschulden voraussetze, der Kläger aber nur im Kampf zwischen dem gegebenen Wort und seiner Gewissensangst sich an sein Versprechen nicht gebunden erachtet habe. Der Kläger habe nicht nur aus Ueberzeugung gehandelt, sondern auch das Heil des Kindes im Auge gehabt.

Der Revision ist nicht beizutreten. Richtig ist, daß die Annahme eines Mißbrauchs des Rechts auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft den Nachweis eines Verhaltens voraussetzt, das mit der rechten ehelichen Gesinnung unvereinbar ist. Hier ist nun zwar der Vertrag über die religiöse Erziehung des Kindes ungültig. Allein für das Verhältnis der Gatten kommt es darauf an, was den sittlichen Pflichten entspricht, und darnach darf der Mann nicht alles tun, was ihm das objektive Recht erlaubt. Wäre etwa § 1634 Satz 2 BGB. maßgebend, so könnte der Mann unter Umständen sehr wohl durch rücksichtslose Ausübung der ihm nach dem Gesetze zustehenden Entscheidung ein Unrecht begehen. Und so auch hier. Der Kläger hat versprochen, daß die Kinder evangelisch zu erziehen seien. Der Beklagten war nach den tatsächlichen Feststellungen viel an diesem Versprechen gelegen. Es kann daher nicht von ihr verlangt werden, daß sie sich fügt, und es darf ihr nicht vorgehalten werden, daß sie, wenn sie nicht nachgebe, gegen die ehelichen Pflichten verstoße. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auf den Umstand, daß der Kläger über die Erziehung des Kindes bestimmen könnte, kein Gewicht gelegt hat. (Urt. d. IV. ZS. vom 23. Nov. 1905). ——— n.

444

B. Strafsachen.

I.

1. Voraussetzungen der Annahme eines Schankwirtschaftsbetriebs einer Kupplerin durch Vermittlung von Prostituierten.

2. Rechtliches Verhältnis zwischen dem Vergehen wider die Gewerbeordnung und dem Vergehen der Kuppelei (§§ 147, 33 GewO., §§ 180, 73, 74 StGB.).

Aus den Gründen: 1. Mit Unrecht greift der Verteidiger die Folgerung an, daß die Angeklagte, die keine Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft besitzt, der gewerbsmäßigen Abgabe geistiger Getränke zum sofortigen Verbrauch überführt sei, weil sie mit der auf Gewinnung einer dauernden Erwerbsquelle gerichteten Absicht fortgesetzt den Verkauf von Bier, Wein usw. durch die bei ihr zu Miete wohnenden Dirnen innerhalb der Mieträume an beliebige Besucher bewirkt habe. In den zwischen ihr und den Dirnen getroffenen Vereinbarungen war die Abgabe von Getränken gegen Entgelt, durch die Dirnen und für die Angeklagte, mindestens stillschweigend enthalten. Hieran hat der Umstand nichts geändert, daß die fraglichen Gelasse nicht in der ausschließlichen Verfügungsgewalt der Angeklagten standen und daß ihr gegenüber die Dirnen für den von ihr festgesetzten und an sie abzuliefernden Kaufpreis der Getränke hafteten. Hatte die Angeklagte sich den gewerbsmäßigen Verkauf von Getränken in den Mietsräumen der Dirnen durch diese Uebung vorbehalten, so ist sie nicht nur Mitinhaberin der Räume geblieben, sondern auch Dienstherrin der Dirnen als Gewerbegehilfinnen geworden; daß die Schankstätte im ausschließlichen Benutzungsrecht des Unternehmers steht, wird zum Betrieb einer Schankwirtschaft nicht erfordert. Ferner kommt es nicht darauf an, ob sich die Schankstätte in dem Hause befindet, in dem der Betriebsunternehmer wohnt. Endlich wird die Verantwortlichkeit für unerlaubten Schankbetrieb nicht beseitigt, wenn der Unternehmer von seinen Vertretern, Angestellten usw. eine bürgerlich-rechtliche Haftung für die Zahlung der verabreichten Getränke zugesichert erhält: Solche Abmachungen betreffen nur die inneren Beziehungen und lassen die Tatsache entgeltlicher Abgabe von Getränken seitens des Unternehmers unberührt.

2. Beim Vorhandensein mehrerer im natürlichen Sinn selbständiger Handlungen hängt ihre rechtliche Einheit davon ab, daß sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet und einem sie alle umfassenden Vorsatz entsprungen sind. Während also nach den tatsächlichen Unterlagen bald eine einheitliche oder fortgesetzte Handlung, bald eine Mehrheit gegeben sein kann, muß rechtliches Zusammentreffen da angenommen werden, wo zu verschiedenen Tatbeständen ein gleiches oder gleichartiges Merkmal gehört und eben dieses sich nur in einem Einzelumstand verkörpert, wo mithin der letztere nicht ausschließlich zu dem einen Tatbestand gezogen werden könnte, ohne daß hinsichtlich des anderen eine Lücke entstände. Wer z. B., um sich einen rechtwidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, daß er durch Vorzeigung einer von ihm verfälschten Urkunde einen Irrtum erregt, macht sich zweifellos eines Vergehens des Betrugs nach § 263 StGB. und eines Verbrechens der Urkundenfälschung nach §§ 268, 267 StGB. schuldig, kann aber nur nach § 73 StGB. wegen einer einheitlichen Tat bestraft, nicht aus § 74 StGB. mit einer Gesamtstrafe belegt werden; denn würde das Vorzeigen bloß als Gebrauch zum Zweck der Täuschung im Sinne von § 267 StGB. herangezogen, so entfiele das für § 263 StGB. wesentliche Merkmal der Vorspiegelung einer falschen Tatsache, und umgekehrt. Einen derartigen Fall notwendigen rechtlichen Zusammenhangs will der Verteidiger in Anspruch nehmen mit seiner Berufung darauf, daß festgestelltermaßen „der von der Angeklagten betätigte, auf die Vorschubleistung zur Unzucht zielende Eigennutz bestanden habe im Vermieten der Zimmer zu hohen Preisen und in der Abgabe von Getränken“. Allein er geht fehl. Das Abgeben von Getränken als solches bildet kein gesetzliches Merkmal der Kuppelei und die Urteilsgründe verwenden es auch nur zum Nachweise des Merkmals der Gewinnsucht. Sie bewegen sich auf dem Boden der reinen Tatsachen, indem sie bemerken, die der Angeklagten zur Last gelegte Abgabe von Getränken gegen Entgelt an beliebige Besucher der Dirnen habe in keinem Punkt den Tatbestand des Vorschubleistens im Sinne von § 180 StGB. erfüllt; wenn sie daneben das Bestehen ursächlicher Wechselbeziehungen anerkennen, kraft deren „die beiden von der Angeklagten betriebenen Gewerbe sich gegenseitig förderten“, verfallen sie nicht in einen Widerspruch, vielmehr unterstellen sie bloß einen äußeren Zusammenhang, der die beiden Betriebe nicht zu einer inneren rechtlichen Einheit verschmelzen konnte. (Urt. des I. StS. v. 21. Dez. 1905, 1 D 1093/05.) B.

424

II.

Sind unter „Angaben tatsächlicher Art" im Sinne des § 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 nur wörtliche Auslassungen zu verstehen? Das freisprechende Urteil der Strafkammer wurde auf Revision des Staatsanwalts aufgehoben.

Aus den Gründen: Den Gegensatz zu den wissentlich unwahren Angaben tatsächlicher Art, welche eine der Voraussetzungen des Vergehens der unlauteren Reklame nach § 4 des UWG. bilden, stellen, wie die Motive (S. 10) aussprechen, unrichtige oder übertriebene Urteile über die Beschaffenheit der ausgebotenen Waren dar. Solche allgemeine Anpreisungen, mögen sie auch der Wahrheit nicht entsprechen, fallen nicht unter den Begriff der unlauteren Reklame. (Entsch. in StrS. Bd. 30 S. 406 [411], Bd. 34 S. 140 [151]). Dagegen kann die vom Urteil eingenommene an dem Wort haftende Auslegung des Moments der „Angaben tatsächlicher Art" nicht richtig sein. Nicht abzusehen ist, warum unter den Angaben nur wörtliche Auslassungen verstanden werden sollten und nicht Behauptungen überhaupt, die auch durch bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen Ausdruck finden können. Das Gesetz stellt in § 1 Abs. 4 ausdrücklich die bildlichen Darstellungen und sonstigen Veranstaltungen den Angaben tatsächlicher Art gleich. Freilich hat dieser Satz in dem § 4 keine Aufnahme gefunden, und nach den Motiven (S. 15) wäre dies auch vom Gesetzgeber mit Vorbedacht unterlassen worden, wenigstens soweit ausschließlich bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen in Betracht kommen, welche die unwahren Angaben ersetzen sollen, weil solche meist weniger bedenklich sein sollen als Wortreklamen. Allein daran muß festgehalten werden, daß zum mindesten in den Fällen, in denen tatsächliche „Angaben" gemacht werden, die erst ihre Ergänzung oder Erläuterung „durch bildliche Darstellungen oder sonstige Veranstaltungen" erhalten, der Tatbestand des § 4 erfüllt sei. Dies trifft hier zu. Denn zu den in den Inseraten enthaltenen Behauptungen über die Beschaffenheit der Waren usw., die nach der Auffassung des ersten Richters nicht unwahr sind, treten teilweise außerhalb hiervon liegende, aber auf den Willen des Angeklagten zurückzuführende Umstände, wie die Größe des Drucks, die Stellung der Bekanntmachungen unter den übrigen Inseraten, das Weglassen des Namens oder der Firma, der besondere Hinweis auf den guterhaltenen Zustand der Gegenstände, hinzu, welche nach der Ueberzeugung des Tatrichters den an sich harmlos klingenden Sätzen des Inserats seinen wahren Sinn geben. Erst mit der Zusammenfassung dieser Faktoren wird der eigentliche Wille des Angeklagten erkennbar, dessen Ergründung Aufgabe der Strafrechtspflege ist. Willkürlich ist es, daß die Vorinstanz nur Bruchstücke der Willensäußerung des Angeklagten der Entscheidung der Schuldfrage zugrunde legen will. Die Unwahrheit seiner Kundgebungen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die einzelnen Tatsachen sich in einer Fassung darstellen, die wörtlich betrachtet nichts Falsches enthalten würde, sofern nur die Bekanntmachung im ganzen in dem vom Angeklagten gewollten Sinne nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen verstanden werden mußte (Entsch. a. a. O. Bd. 34 S. 163). Hat aber der Angeklagte durch seine Bekanntmachungen darauf hinwirken wollen, daß das Publikum an einen „Privatgelegenheitskauf" glaube, und geschah es, um hierdurch den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, so kann dies nur dahin aufgefaßt werden, daß der Irrtum erweckt werden sollte, als ob es sich um einen gelegentlichen Verkauf handle, zu dem eine Privatperson durch mißliche Verhältnisse sich gedrängt sehe (Mot. S. 11), so daß bei dem durch die Notlage geschaffenen Zwang zur Veräußerung dem Käufer die Aussicht auf außergewöhnlich günstige Bedingungen erwächst. Damit ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Anlaß zum Verkauf und der Anlockung des Publikums durch die unwahren Angaben gegeben. (Urt. d. I. StS. v. 25. Jan. 1906, 1 D 965/05.)

426 B.

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Begriff der unbeweglichen Sachen im Sinne des älteren Liegenschaftsrechts und der wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks (Gebäude) im Sinne von BGB. §§ 93, 94; Ges. über das Gebührenwesen (1892) Art. 113 Ziff. 1, (1899) Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1. Eine Gesellschaft verkaufte ihr aus Gebäuden, sonstigen Grundstücken, Maschinen und Reservoirs für Petroleum und Benzin — sog. Tanks — bestehendes Anwesen nebst Zubehör und allen Vor- und Einrichtungen an eine andere Gesellschaft. Zwischen der Finanzstelle und den Vertragschließenden entstand Streit über die Art der Bewertung der Vertragsurkunde, insbesondere darüber, ob auch für die Uebereignung der auf 150 000 Mk. geschätzten Tanks die sog. Immobiliar-Besitzveränderungsgebühr zu erheben sei. Vom Landgerichte wurde die Frage bejaht, vom Obersten Landesgerichte verneint, im wesentlichen aus folgenden Gründen: An sich sind die 5 Tanks unbestreitbar bewegliche Sachen. Bewegliche Sachen werden nach den auch für den Bereich des Gebührenwesens jetzt maßgebenden §§ 93, 94 BGB. dadurch unbewegliche Sachen, daß sie wesentliche Bestandteile einer solchen, insbesondere eines Gebäudes, werden. Nach § 93 sind wesentliche Bestandteile einer Sache diejenigen, welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Nach § 94 gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Das Landgericht ging bei Beurteilung der Eigenschaft der 5 Tanks auch von den §§ 93, 94 aus und nahm an, daß deren Erfordernisse vorliegen. Diese Annahme ist irrtümlich. Unhaltbar ist zunächst die Annahme, die Tanks seien Gebäude. Sie sind nur große Behälter oder Gefäße, dazu bestimmt, das auf Schiffen nach R. beförderte Petroleum oder Benzin bis zur Ablieferung oder Weiterversendung aufzunehmen. Die vom Landgerichte hervorgehobenen Umstände, daß die Tanks aus dem „Baumaterial" (Eisenblechplatten, Nieten usw.) an dem Orte hergestellt wurden, der dauernd ihr Standort sein soll, und daß sie nach ihren „Dimensionen" den Eindruck beträchtlicher Bauwerke machen, ferner der Umstand, daß wegen ihres großen Gewichts ihre Fortbewegung ohne Zerlegung mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft sein würde, ändern ihre natürliche und rechtliche Eigenschaft nicht. Die Tanks bilden auch nicht, wie das Landgericht annahm, mit den dazu gehörenden Sockeln ein einheitliches „Ganzes", ein „Bauwerk", sondern sie stehen „lose", also frei und ohne eine mechanische Verbindung auf den Sockeln und diese haben nur den Zweck, ihnen einen erhöhten Stand zu geben, damit sie nicht von dem etwa eintretenden Hochwasser erreicht und von ihrem Standorte verrückt oder weggeschwemmt werden, falls der sie umgebende Wall sie nicht genügend schützen sollte. Auch „Gebäude" im weiteren Sinne des Wortes sind übrigens rechtlich nicht wesentliche Bestandteile des Grundes und Bodens im Sinne des § 94 des BGB., wenn sie mit dem Grund und Boden nicht fest verbunden sind. Die Tanks stehen nach den Feststellungen nicht in fester Verbindung mit dem Boden. Als eine feste Verbindung vermittelnde Zwischenglieder könnten nur die Sockel, die Röhren-

leitungen und der Schutzdamm in Betracht kommen, die sämtlich unverkennbar mit dem Erdboden fest verbunden sind. Die Tanks sind aber auf und an den Sockeln in keiner Weise befestigt. Mit den Röhrenleitungen besteht allerdings ein mechanischer Zusammenhang insofern, als zur Verbindung der Leitungsrohre mit den Tanks deren Ansatzstutzen durch ein sog. Kniestück mit den oberirdischen Endstutzen der Röhren verbunden und die Kniestücke auf beiden Seiten durch Flanschen und Schrauben an den Stutzen befestigt werden. Je nachdem Petroleum oder Benzin in die Tanks geleitet werden soll, werden jedoch die Kniestücke durch andere ersetzt. Die Tatsache, daß die Verbindung auf die einfachste Weise durch Ausdrehen der Schrauben und die dadurch ermöglichte Wegnahme der Flanschen ohne Beschädigung der Tanks und der Röhren gelöst werden kann, schließt den Begriff der festen Verbindung im Sinne des § 94 aus. Eine anderweite Verbindung der Tanks mit dem Boden oder dessen Bestandteilen besteht nicht. Darnach sind die 5 Tanks nicht Bestandteile des Grundes und Bodens im Sinne der §§ 93, 94 des BGB. Allerdings bilden die sämtlichen Gegenstände des Kaufvertrags, nicht bloß die 5 Tanks und die bisher besprochenen Einrichtungen und Vorrichtungen, mit dem Grundstücke zusammen eine Anlage zur Lagerung von Petroleum und Benzin. Allein durch den bloßen räumlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit den anderen Bestandteilen der Anlage sind sie nicht Bestandteile einer neuen körperlichen Einheit geworden. Die „Anlage" als solche ist keine Sache, sondern besteht aus der räumlichen und wirtschaftlichen Verbindung selbständiger körperlicher Gegenstände, zu denen auch die zusammenhängenden zwei Grundstücke mit den darauf errichteten Gebäuden gehören. Es könnte sich also in Ansehung der Tanks nur fragen, ob sie etwa durch den Zusammenhang mit den anderen Bestandteilen der Anlage, und zwar, worauf es hier allein ankommen kann, mit den Grundstücken und deren Bestandteilen, ihre körperlich und wirtschaftlich selbständige Bedeutung verloren haben, insbesondere durch ihre Aufstellung auf dem Grundstück Pl.-Nr. 1911⅓ b zunächst dessen Bestandteile geworden sind. Dies ist nicht der Fall, denn durch die etwaige Aufhebung des räumlichen Zusammenhangs zwischen den Tanks und dem Grundstück oder dessen Bestandteilen und den anderen Bestandteilen der Anlage würde eine Zerstörung der Tanks oder eine Aenderung ihres Wesens, insbesondere ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, nicht bewirkt werden. Bei dem heutigen Stande der Technik wäre es trotz der Größe, dem Umfange und der Schwere der Tanks möglich, sie an einen anderen Ort zu bringen. Ihre Entfernung würde auch die übrigen Bestandteile der Anlage nicht zerstören oder in ihrem Wesen verändern. Ein Ersatz des einen oder des anderen Tanks würde ohnehin notwendig sein, wenn er unbrauchbar wird. Dadurch kann zwar eine zeitweilige Störung oder Beschränkung des Betriebs der Anlage verursacht, ihr Wesen aber nicht berührt werden. Nur in Ansehung des Dammes könnte es in Frage kommen, ob er nicht vielleicht, um die Wegschaffung der Tanks zu ermöglichen oder zu erleichtern, zum Teile beseitigt werden müßte. Auch dies würde indes rechtlich ohne Belang sein, denn die Tanks und der Damm sind im Verhältnisse zu einander nicht Bestandteile einer Sache, sondern selbständige Sachen. (Beschl. des ObLG. vom 30. Dezember 1905 [II. ZS.] Reg. V Nr. 30/05).

442 K.

II.

Zulässigkeit von Zusätzen zu der Firma einer Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft B.' Bank in M. hat von dem Bankier H. H. in B. dessen Bankgeschäfte in B. und Kr. erworben, um sie als Zweigniederlassungen fortzuführen, und bei dem Registergericht die Eintragung der Firmen „B.' Bank, Filiale B. vormals H. H." und „B.' Bank, Filiale Kr. vormals H. H." beantragt. Das Registergericht lehnte die Eintragung ab, weil der Zusatz „vormals H. H." unzulässig sei. Auf Beschwerde hob das Landgericht die Verfügung des Registergerichts auf und wies dieses an, die Eintragung zu betätigen. Bevor diese, der noch ein anderes Bedenken entgegenstand, erfolgte, beantragte Kommerzienrat M. in B., der von der Handels- und Gewerbekammer gemäß § 2 der Bek. vom 27. Dezember 1900 (JMBl. 1901 S. 35) als Vertreter in Registersachen gegenüber dem Amtsgerichte B. bestellt ist, die Eintragung der Firmen der Zweigniederlassungen mit dem Zusatze „vormals H. H." abzulehnen, weil eine Aktiengesellschaft nur eine Firma haben dürfe. Das Registergericht lehnte den Antrag mit Hinweis auf den landgerichtlichen Beschluß ab. Die Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde des Kommerzienrats M. blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Das Registergericht war nicht befugt, die durch den landgerichtlichen Beschluß angeordnete Eintragung abzulehnen. Hätte nicht ein weiteres Bedenken gegen sie bestanden, so hätte das Gericht die Firmen der Zweigniederlassungen sofort eintragen müssen und die Handels- und Gewerbekammer hätte dann die Löschung nach § 142 FGG. beantragen können. Sie brauchte aber die Bewirkung der Eintragungen nicht abzuwarten, sondern konnte ihre Bedenken sofort geltend machen; drang sie damit durch, bevor die Eintragungen erfolgten, so hatten diese zu unterbleiben. Der Antrag, die Eintragungen zu unterlassen, ist daher zulässig.

Die weitere Beschwerde ist aber nicht begründet. Es handelt sich nicht um die bestrittene Frage, ob eine Aktiengesellschaft, wenn sie zu ihrem Unternehmen ein Handelsgeschäft hinzuerwirbt, dieses als selbständiges Geschäft mit der bisherigen Firma fortführen kann oder ob aus § 182 Abs. 2 Nr. 1, 2 HGB. zu entnehmen ist, daß ihr gesamtes Unternehmen als einheitliches gilt und daß sie wie nur einen Sitz auch nur eine Firma haben kann, die zugleich ihr Name ist. Die letztere Ansicht schließt, wie anerkannt ist (Staub Anm. 6, 7 zum § 30, Anm. 6 zum § 201, Lehmann-Ring Nr. 3 zum § 201), nicht aus, daß für eine Zweigniederlassung (§ 201 HGB.) eine Firma geführt wird, die nach § 50 Abs. 3 HGB. in der Weise gebildet ist, daß der Gesellschaftsfirma ein sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnender Zusatz beigefügt ist. Die so gebildete Firma läßt klar erkennen, daß der Betrieb nicht ein selbständiges Unternehmen, sondern ein Bestandteil des Gesellschaftsunternehmens ist. Die von Staub (Anm. 6 zum § 201) und Anderen vertretene Meinung, daß — abgesehen von einem etwa nach § 30 Abs. 3 HGB. gebotenen Zusatze — jeder andere Zusatz unzulässig sei, findet im Handelsgesetzbuch keine Stütze. Wenn der Aktiengesellschaft nicht gestattet ist, neben der Gesellschaftsfirma eine zweite Firma zu führen, deren Erscheinung die der Firma eines selbständigen Handelsgewerbes ist, so steht dies einem Zusatze zu der Firma einer Zweigniederlassung nicht entgegen, der daran nichts ändert, daß diese die Zweigniederlassung als Zweiggeschäft der Aktiengesellschaft kennzeichnet. Hier bezeichnen die für die Zweigniederlassungen in B. und Kr. angemeldeten Firmen die beiden Zweigniederlassungen ausdrücklich als Zweiggeschäfte des Gesellschaftsunternehmens der B.'schen Bank und der Zusatz „vormals H. H." macht nur nach § 22 HGB. ersichtlich, daß die Zweiggeschäfte aus den von der Aktiengesellschaft erworbenen Handelsgeschäften mit der Firma H. H. gebildet sind; die angemeldeten Firmen lassen keinen Zweifel darüber zu daß die vormals von H. H. betriebenen Geschäfte von der B.'schen Bank als Zweiggeschäfte fortgeführt werden. (Beschl. des I. ZS. vom 10. Februar 1906).

438 — — — u

Oberlandesgericht München.

I.

Haftung des Staats für Soldatenmißhandlungen. Der Schreiner Sch. in J. suchte um das Armenrecht für eine Schadensersatzklage gegen das Militärärar nach, weil der Tod seines Sohnes durch grobfahrlässige Handlungen von Militärpersonen während der Dienstzeit herbeigeführt worden und dadurch dem Gesuchsteller ein Schaden von 1000 Mk. für Verdienstentgang während der monatelangen Pflege und von jährlich 1000 Mk. durch den künftigen Entgang seiner Beihilfe in der väterlichen Schreinerei entstanden sei. Die Krankheit (Brustfellentzündung) sei dadurch verursacht worden, daß der Sergeant St. den Sch. jr. sich wiederholt in den nassen Morast niederlegen ließ und die Aerzte dessen Dienstuntauglichkeit zu spät anerkannten; bei einem Transport in das Rekonvaleszentenhaus sei Sch. außerdem schutzlos der starken Kälte ausgesetzt gewesen. Schließlich sei Sch. als dienstunfähig mit einer Pension von zunächst 15 Mk. und später 57 Mk. entlassen worden, jedoch am 19. August 1904 gestorben. Hiernach hätten sowohl St. als die Militärärzte in Ausübung der ihnen anvertrauten Gewalt schuldhaft Schaden angerichtet, der Sergeant insbesondere deshalb, weil er den über starke Schmerzen klagenden Sch. gleichwohl habe fortüben lassen. Einer Vorentscheidung bedürfe es nicht, da Militärpersonen einschl. der Militärärzte nicht Beamte im Sinne des Art. 7 Abs. 2 BGHG. seien (Weber, VOS. IX 313, Seydel, BayrStR. I 604 [60]). Das Kriegsministerium lehnte mangels Nachweises der behaupteten Tatsachen und des Kausalzusammenhangs jede Entschädigung ab.[1]) Das LG. München I wies das Gesuch zurück, weil die Erhebungen keine Stütze für die Klagsbehauptungen ergäben, jedenfalls gegen den Militärfiskus der Anspruch schon nach Art. 20 des RG. v. 22. Mai 1893 aussichtslos sei, sohin die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen Reichs- und Landesfiskus in RGE. 54, 161 für Bayern der Nachprüfung nicht bedürfe, schließlich auch dahingestellt bleiben könne, ob nicht jetzt Art. 7 BGHG. auf jede Ausübung öffentlicher Gewalt anzuwenden sei, da auch verneinendenfalls der vorliegende letztinstanzielle militärische Ausspruch über den Mangel dienstlichen Verschuldens für das Gericht bindend sein müßte (Komp.-Konfl.-Erk. in GVBl. 1878 S. 17 Beil.). Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, weil die rechtlichen Gründe des Beschlusses zutreffend seien und jeder Anhalt für den Kausalzusammenhang mangle. (Beschl. v. 29. Januar 1906; BeschwR. 51/06.)

409 N.

II.

Zur Auslegung der §§ 61, 164 KO. Hierzu wird vom OLG. ausgeführt, daß die formelle Bemängelung des urkundlichen Nachweises aus § 726 ZPO. nicht mittels Klage aus § 768 ZPO., sondern nur mittels Einwendungen nach § 732 ZPO. geschehen könne, daß der Verzicht des Pfandgläubigers auf sein Pfandrecht an einem Recht dessen Erlöschen sofort und ohne Rückgabe der allenfalls ausgehändigten Urkunden über das Recht bewirke, dies auch für Anteilscheine einer GmbH. gilt und daneben nicht noch ein Verzicht auf abgesonderte Befriedigung verlangt werden könne. Dann fährt die Begründung fort: In der Streitfrage, ob im Bereich der tabellarischen Feststellung nur der alte Vollstreckungstitel oder der alte neben dem neuen oder lediglich der neue Titel wirkt (Meyer in BayZfR. 1. Bd. 1905 S. 39), kann der von Kohler (ArchCivPrax. 81, 390) vertretenen Ansicht nicht beigepflichtet werden. Diese Ansicht (für Unzulässigkeit der Tabellenvollstreckung) trägt dem Feststellungsvermerk nicht Rechnung und wird weder in der Theorie noch in der Rechtsprechung geteilt, welche vielmehr der zweiten Ansicht folgt (Jaeger, KO. 2. Aufl. § 164). (Urt. v. 22. Dez. 1905; BerR. II 536/05.)

408 N.

III.

Streitwert in Scheidungssachen (§ 10 GKG.). In einem Scheidungsprozesse mit Widerklage und Beweiserhebung beantragt der Anwalt des Klägers, den Streitwert auf 10 000 Mk. festzusetzen, weil der Kläger eine jährliche Rente von etwa 10 000 Mk. beziehe und für die Beklagte daher im Falle der Scheidung aus ihrem alleinigen Verschulden ein erheblicher Betrag als standesgemäßer Unterhalt in Betracht komme, da diese eigenes Vermögen nicht besitze; anderwärts pflege man bei Scheidungen vermöglicher Gatten erheblich über den Regelstreitwert von 2000 Mk. hinauszugehen. Die Parteien selbst ließen die Erklärungsaufforderung des Gerichts unbeantwortet; der Gegenanwalt verweigerte eine bestimmte Einkommensangabe, gestand aber zu, daß die Beklagte von ihrem Ehemann früher 250 Mk. Monatsunterhalt bezogen habe und schloß sich dem Antrag des Klagsanwalts an. Das Gericht beließ es gleichwohl bei dem Regelstreitwert von 2000 Mk., weil dem Anwalt ein förmliches Antragsrecht auf Werterhöhung nicht zustehe (Bl. f. RA. Bd. 65 S. 150), zu einer Erhöhung von Amts wegen aber kein Anlaß ersichtlich sei. Nach dem Charakter der Ehe als einer für Reich und Arm inhaltlich gleichen sittlichen und rechtlichen Einrichtung könne der Streitwert des Eheprozesses durch das Vermögen der Parteien überhaupt nicht beeinflußt werden, sondern höchstens durch die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung. Diese Folgen erschöpften sich aber hier im Unterhalt nach § 1578 BGB., da Gütergemeinschaft nicht bestehe. Die voraussichtliche Höhe dieses Unterhalts je nach Ausfall des Prozesses gebe keinen Anlaß, vom Regelstreitwert abzugehen. Die Beschwerde wurde vom OLG. zurückgewiesen, weil „bei Festsetzung des Streitwertes in Scheidungssachen die Vermögensverhältnisse der Parteien zwar in Berücksichtigung zu ziehen, aber nicht unbedingt maßgebend seien" (JW. 1893 S. 488). (Beschl. v. 12. Dez. 1905; Beschw.Reg. 637/05 IV.)

407 N.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Zulässigkeit der Berufung. Berufungsverzicht. Der Berufungsbeklagte hat Verwerfung der Berufung als unzulässig beantragt. Er macht geltend, daß der Anwalt des — zur Zahlung verurteilten — Beklagten und Berufungsklägers seinen Anwalt wegen in Aussicht gestellter Vereinigung der Sache um Abstand von der Urteilszustellung gebeten und ihm einen Betrag zur Tilgung der Hauptsache und Zinsen sowie eines Teils der Kosten sowie später einen Betrag auf das Kostenguthaben übersandt habe, so daß bei Urteilszustellung nur ein kleiner Kostenrest rückständig gewesen sei; er leitet daraus ab, daß sich der Beklagte bei dem Urteile beruhigt und das Recht auf das Rechtsmittel verloren habe. Der Einwand wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Das Aufgeben der Berufung ist zwar nicht nur durch einen Vertrag mit dem Gegner, sondern auch durch einseitige Willenserklärung (Verzicht) möglich und es ist auch für diesen Verzicht eine bestimmte Form durch die Zivilprozeßordnung nicht vorgeschrieben; ein solcher Verzicht muß aber, um prozessuale Wirkung zu äußern, ausdrücklich erklärt sein, entweder dem

---

[1]) Ausweislich der Administrativakten hatte das Militärärar dem Gesuchsteller 400 Mk. für Kur- und Leichenkosten ersetzt und ihn im übrigen auf Unterstützung aus dem Kais. Dispositionsfond verwiesen. Der Eins.

Gerichte oder dem Prozeßgegner gegenüber (RG. 18. V. 1886, XVI S. 344 und 15. I. 1886, JW. S. 73 Nr. 8). Einen stillschweigenden Verzicht kennt die Zivilprozeßordnung nicht. Abgesehen davon, daß Prozeßhandlungen allgemein nicht durch konkludente Handlungen erfolgen können, erhellt das Verlangen des Gesetzes nach einer ausdrücklichen Erklärung daraus, daß die J.K. die Bestimmung des Entwurfs gestrichen hat, daß der Verzicht auch durch Handlungen geschehen könne, aus denen die Absicht hervorgehe, das Urteil nicht anfechten zu wollen, weil sie unpraktisch und der Rechtssicherheit abträglich ist. Daraus also, daß Beklagter den Kläger für Hauptsache und die Zinsen befriedigte, kann ein Verzicht auf Berufung ebensowenig gefolgert werden, als daraus, daß sein Prozeßbevollmächtigter um die Kostenrechnung ersucht und den Hauptteil der Kosten erstattet hat (RG. 8. XI. 1881, 18. V. 1886, 25. XI. 1887, V S. 384, XVI S. 344, JW. 1888 S. 12 Nr. 16), noch weniger daraus, daß um Abstand von der Urteilszustellung ersucht worden ist. Ein ausdrücklicher Verzicht liegt nicht vor. Eine Erklärung dem Gerichte gegenüber kommt nicht in Frage — auch nicht, wenn man für die Erklärung gegenüber dem Prozeßgegner nicht die Zustellung eines Schriftsatzes fordert, sondern (Seuff. Arch. 37 Nr. 161) es an einer einfachen brieflichen Mitteilung genügen läßt. Aus dem Briefe des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, er werde die Sache vollständig ordnen, läßt sich nur herleiten, daß damals die Absicht bestand, den Prozeß nicht weiterzuführen, nicht aber ein rechtsverbindlicher Verzicht auf das Rechtsmittel. Die Mitteilung, ein prozessuales Recht nicht ausüben zu wollen, ist mit dem Verzichte auf das Recht nicht identisch (RG. v. 5. III. 1900, SächsArch. X S. 173). Ob in der Bezahlung der Hauptsache und der Zinsen sowie des größten Teiles der Kosten zwar nicht ein Verzicht auf Berufung, aber doch ein Anerkenntnis des Anspruchs liegt, kann dahingestellt bleiben, weil Kläger ein solches nicht behauptet hat. (Urteil I. Sen. v. 6. November 1905.)

446 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu § 833 BGB. Der Beklagte ließ am 11. Juli 1904 durch seinen Knecht eine Stute zum Kläger, der angekörte Hengste hält, behufs Bedeckung führen. Da sich die Stute sehr unruhig gebärdete, und die Bremsung (Knebelung des Mauls mit einem Stricke) notwendig machte, war Kläger dem Knechte hierbei behilflich, wobei er von der Stute in den kleinen Finger der linken Hand gebissen wurde. Dieser Biß hatte für den Kläger sehr schwere Folgen, so daß ihm der Erstrichter für Heilungskosten und Schmerzensgeld auf Grund des § 833 BGB. 556 Mk. zuerkannte. Die Berufung wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts (II. ZS. vom 27. Januar 1906) zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 58 S. 410 u. JW. 1905 S. 432 kommen hier nicht in Betracht, weil nicht gesagt werden kann, daß Kläger die mit der übernommenen Verrichtung unzertrennlich verbundene Gefahr vertragsmäßig auf sich genommen hat. Es ist ferner nicht festgestellt, daß Kläger durch ungeschicktes oder unvorsichtiges Verhalten oder Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Schnappen der Stute nach ihm verursacht hat. Die bloße Annäherung an sie und das Halten am Kopfe in vorsichtiger Weise kann nicht als Verschulden angerechnet werden, das Schnappen und Beißen der Stute war vielmehr ein so außergewöhnliches Ereignis, daß Kläger nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge damit nicht rechnen konnte. Auch ist das Verhältnis zwischen den Streitteilen nicht Werkvertrag, sondern Sachmiete. Denn Kläger hatte nur seinen Körhengst dem Beklagten zur Bedeckung der Stute zu überlassen; zu einer weiteren Verrichtung war er nicht verpflichtet. Daher ist der im zweiten Urteile des Reichsgerichts behandelte Fall von der Verletzung eines Hufschmiedes durch ein von ihm beschlagenes Pferd von dem gegenwärtigen völlig verschieden. Dort handelt es sich um einen den Beschädigten zu positiver Tätigkeit verpflichtenden Werkvertrag, hier steht nur eine Sachmiete in Frage, von einer vertragsmäßigen Uebernahme der Gefahr durch Kläger kann daher keine Rede sein. Endlich schlägt auch § 254 BGB. hier nicht ein, weil Kläger nicht verpflichtet war, dem Knechte bei der Bremsung der Stute zu helfen, und diese Hilfe vom Knechte ausdrücklich erbeten wurde. Eine fehlerhafte Ausführung dieses Auftrags durch den Kläger konnte vom Beklagten nicht behauptet werden.

413 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

I.

Auf Grund eines Arrestbefehls kann die Leistung des Offenbarungseides nicht verlangt werden. Aus den Gründen: Die Frage ist außerordentlich bestritten (vgl. die Zusammenstellung bei Seuffert, Komm. zur ZPO. 9. Aufl. 2. Bd. 1905 Bem. 3 zu § 807, ferner die in Warneyers Jahrb. 1903, 1904, 1905 zu § 807 erwähnten Entscheidungen). Hervorzuheben ist, daß Seuffert a. a. O. sich nunmehr für, das Kammergericht (s. Warneyer 1905 a. a. O.) gegen die Zulässigkeit des Offenbarungseides ausgesprochen hat. Das Beschwerdegericht hält an der schon in früheren Beschlüssen (BeschwReg. Nr. 508/04 und Nr. 212/03) zum Ausdruck gekommenen Ansicht fest, daß der Arrestschuldner zur Leistung des Offenbarungseides nicht verpflichtet ist. Allerdings finden gemäß § 928 ZPO. auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung; gerade die entsprechende Anwendung aber verbietet es im Hinblick auf die Natur des Arrestes, als einer bloßen Sicherungsmaßregel, die äußerste Maßregel des der Befriedigung des Gläubigers dienenden Verfahrens, das Offenbarungseidsverfahren, gegenüber dem Arrestschuldner für zulässig zu erklären. Gegenüber diesem grundsätzlichen Bedenken können Zweckmäßigkeitserwägungen, die für die gegenteilige Auffassung vorgebracht werden können, ausschlaggebende Bedeutung nicht beanspruchen. (Beschl. d. VI. ZK. v. 16. I. 06, BeschwReg. 18/06). ——— ch.

429

II.

Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so kann der dem Gläubiger obliegende Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzugs des Schuldners nicht durch den Nachweis der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung des Gläubigers ersetzt werden. B. war durch vorläufig vollstreckbares Läuterungsurteil vom 13. November 1905 für schuldig erkannt worden, „gegen Rückzession der auf dem Anwesen Hausnummer 81 an der T.-Straße eingetragenen Hypothek zu 38 000 Mk. 36 014 Mk. 09 Pfg. zu zahlen". Das Anwesen war im Frühjahr 1905 zwangsweise versteigert worden; die Hypothek kam hierbei nicht zum Zuge und wurde gelöscht. Der Gläubiger A. beantragte nun unter Vorlegung des Nachweises, daß die Hypothek erloschen war und daß er wegen der Unmöglichkeit der Rückübertragung der Hypothek die dieser zugrunde liegende Forderung an B. zurückübertragen hatte, die Pfändung einer dem Schuldner zustehenden Forderung. Das Vollstreckungsgericht wies den Antrag ab, da die

Voraussetzungen des § 765 ZPO. nicht gegeben seien. Die Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Nach der Vorschrift des § 765 ZPO. darf, wenn die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt, das Vollstreckungsgericht eine Vollstreckungsmaßregel nur anordnen, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist. Daraus folgt, daß, solange dieser Nachweis nicht vorliegt, die Vollstreckung unzulässig ist. Hier fehlt es an diesem Nachweis, ja es steht fest, daß die Befriedigung des Schuldners unmöglich ist. Daß die Rückzession der bloßen Forderung nicht gleichbedeutend ist mit der Rückzession der Hypothek, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Es ist also die Voraussetzung für den Eintritt der Zahlungspflicht des Schuldners nicht erfüllt und kein Raum für die Zwangsvollstreckung. Wenn Neumann in JW. 1901 S. 740 ff. vorschlägt, daß der Nachweis der unverschuldeten Unmöglichkeit der eigenen Leistung für den Beginn der Zwangsvollstreckung ebenso genügen solle wie der Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzugs, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Gesetz zu einer solchen Auslegung, die wohl in den meisten Fällen zu einer Schädigung des Schuldners Veranlassung geben würde, keine Anhaltspunkte gibt, ja diese direkt verbietet. Andernfalls würde dem Vollstreckungsrichter die Entscheidung der Frage zugemutet, ob die Unmöglichkeit der Leistung im einzelnen Falle unverschuldet ist oder nicht — vgl. §§ 275, 323 ff. BGB. — eine Aufgabe, die ihm nicht zukommt. Die Lösung der Frage der Vollstreckung muß vielmehr einem neuen Prozesse überlassen werden. (Beschl. d. I. ZS. v. 18. Dez. 1905.)

356 —ch.

III.

Irrtum bei Aufstellung einer Rechnung. Bestimmtheit des Klageantrags (§§ 119, 368 BGB.; 253 Nr. 2 ZPO.). Der Schneider G. in Jena hatte von dem cand. med. N. seit 1896 für Kleider laut Schuldschein 271 Mk. 57 Pf. samt 5% Zins seit 6 September 1896 gut; von den bedungenen Quartalsraten zu 50 Mk. zahlte N. nur eine am 1. Oktober 1896. Im Jahre 1901 machte G. durch seinen Dresdener Anwalt den Schuldner als Arzt in M. ausfindig und ließ Zahlung fordern. N. schlug Mitte Mai 1901 Zweimonatsraten zu je 50 Mk. vor und zahlte die erste sofort an den Dresdener Anwalt mit Anweisung, ferner am 14. Juli 1901 und am 16. Dezember 1901 je 50 Mk. direkt an den Gläubiger. Der Dresdener Anwalt mahnte im Frühjahr 1902 den Schuldner neuerlich und da dieser Bemängelungen erhob, sandte er ihm eine Zusammenstellung, in der außer der Zahlung vom 14. Mai eine weitere vom 21. Mai aufgeführt und darnach die Schuld berechnet war. Der Schuldner zahlte den verlangten Betrag. Im August 1902 machte der Gläubiger seinen Anwalt darauf aufmerksam, daß das Guthaben noch nicht völlig beglichen sei, und erging dementsprechend Mahnung an den Schuldner unter Mitteilung einer anderen Zusammenstellung, in der die Zahlung vom 14. Mai 1901 weggelassen war. Der Schuldner weigerte sich, noch etwas zu zahlen mit dem Bemerken, er halte sich an die frühere Abrechnung. Nun wurde Klage auf 271 Mk. 57 Pf. nebst 5% Zins seit 6. September 1896 abzüglich sechs aufgeführter Teilzahlungen zu insgesamt ebenfalls 271 Mk. 57 Pf. erhoben. Der Beklagte bemängelte den Antrag als nicht genügend bestimmt und berief sich auf die einer Quittung gleichkommende Abrechnung vom Frühjahr 1902. Der Kläger legte eine spezifizierte Berechnung seines Guthabens unter Zugrundelegung von Zinseszins mit 61 Mk. 90 Pf. vor und bezeichnete die erste Zusammenstellung als irrtümlich; der Anwalt des Klägers habe nämlich die Zahlung an ihn vom 14. Mai 1901 doppelt verrechnet, weil der Gläubiger die ihm übersandten 50 Mk. unterm 21. Mai 1901 gebucht und in seine später dem Anwalt übermittelte Zusammenstellung neben den direkten Zahlungen aufgenommen habe. Soweit nötig, werde die Abrechnung vom April 1902 wegen Irrtums angefochten und der Eid darüber zugeschoben, daß Beklagter im Mai 1901 nur eine Zahlung geleistet habe. Der Beklagte bezeichnet die Anfechtung als verspätet, weil die Klagspartei auf den Irrtum schon im Jahre 1902 aufmerksam geworden sein müsse und nahm vorsorglich den Eid an. Das Amtsgericht ließ zunächst durch einen Rechnungsverständigen die Klageziffer unter Zugrundelegung von Zinseszinsen feststellen, wobei sich ein Betrag von 61 Mk. 39 Pf., und unter der Annahme einer weiteren Zahlung von 50 Mk. im Mai 1901 ein Betrag von 5 Mk. 43 Pf. ergab. Auf letztere Summe verurteilte das Amtsgericht und wies hinsichtlich des Restes die Klage ab, weil Vereinbarung auf Zinseszins statthaft, die Abrechnung aber einer Quittung gleichzuachten und deren Anfechtung offenbar verspätet, sohin deren Beweiskraft unerschüttert sei. Auf Berufung des Klägers wurde das Urteil hinsichtlich der Abweisung aufgehoben und durch Auflegung des richterlichen Eides auf den Kläger über Nichtempfang einer zweiten Zahlung im Mai 1901 ersetzt; die Kosten des Rechnungsverständigen wurden dem Kläger auch für den Fall der Eidesleistung überbürdet.

Aus den Gründen: Allerdings kann die Aushändigung einer Quittung ohne Zahlung die Bedeutung eines Schulderlasses haben (§ 397 BGB.), allein derartige Fälle sind selten und verfolgen meist einen besonderen Nebenzweck. In der Regel wird ein wirklicher Schulderlaß mit direkten Worten gegeben und angenommen. Die Quittung ist regelmäßig nur eine Wissenserklärung, eine Bestätigung des Geldempfangs und unterliegt hiernach nicht der Anfechtung nach § 119, sondern der Kondiktion nach § 812 ff. BGB., was wegen der Frist von Bedeutung ist (Denkschr. z. HGB. S. 192, Rehbein, Kuhlenbeck zu § 368 BGB.). Hier handelt es sich nicht einmal um eine förmliche Quittung, sondern um eine Zusammenstellung zwecks Schuldberechnung. Es ist im täglichen Verkehr (§ 157 BGB.) unbezweifelt, daß bei solchen Irrtümern jederzeit berichtigt werden könne, mag der Abrechnung der vielfach übliche Irrtumsvorbehalt beigefügt sein oder nicht, und daß zur Annahme eines Erlaßwillens besondere Umstände dargetan sein müssen. Als solcher Umstand kann nicht schon gelten, daß der Irrende nicht alsbald die Korrespondenz bis zur völligen Aufklärung fortgesetzt hat. Wer nicht gezahlt hat, weiß dies zumeist genau und es verstieße gegen Treu und Glauben, aus einem solchen Irrtum des Gläubigers oder seines Vertreters Nutzen ziehen zu wollen. Nur dann würde die Rechtslage wenigstens hinsichtlich der Beweislast verschoben werden, wenn der Gläubiger durch fahrlässiges Schweigen dem Schuldner die Beweisführung erschwert hat. Von alledem ist hier keine Rede; im Gegenteil ist durch die Handakten nahezu mit Sicherheit der Irrtum im Sinne der jetzigen klägerischen Ausführungen aufgeklärt worden (wird tatsächlich näher begründet). Immerhin mag die Möglichkeit der Doppelzahlung nicht ausgeschlossen sein. Der Sachlage entspricht es aber keineswegs, den Beklagten schwören zu lassen, was auch nur für den Fall der Eidesweigerung durchgreifen würde, da Absendung und Zahlung sich im Hinblick auf §§ 269, 270 BGB., Art. 324 ff. HGB. keineswegs decken. Die Kosten des Rechnungsverständigen müssen beim Siegen des Klägers diesem zur Last bleiben, weil er sie durch seinen prozeßwidrigen ursprünglichen Klageantrag veranlaßte; letzterem mangelte es an der im § 253 ZPO. geforderten Bestimmt-

heit, denn seine Bedeutung konnte nur durch eine verwickelte Staffelrechnung, deren Grundlagen nicht einmal unbestreitbar feststehen, klargelegt werden. (Urt. v. 24. Januar 1906; F 278/05.)

389 N.

Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Vorentscheidung bei Haftung von Beamten (Art. 7 Abs. 2 des Ges. vom 8. August 1878 in der Fassung des Art. 165 Ziff. I AG. z. BGB.). Das 1. Heft der Entscheidungen des VGH. für 1906 enthält zwei Entscheidungen über die Notwendigkeit der Vorentscheidung. 1. Im Erkenntnisse vom 25. Oktober 1905 (S. 16 ff.) ist ausgesprochen, daß die Handlungen der K. Forstmeister bei Handhabung des Forstschutzes — insbesondere bei Würdigung der Frage, ob ein Einschreiten der Forststrafgerichte von Amts wegen zu veranlassen sei — einer Vorentscheidung durch den VGH. unterstehen. Die Notwendigkeit entfällt dagegen, soweit der Forstmeister eine amtsanwaltschaftliche Tätigkeit im Forstrügeverfahren entfaltet, weil er insoweit als ein Beamter der streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Satz 4 a. a. O. zu erachten ist. — 2. Die Zulässigkeit einer Vorentscheidung wurde ferner verneint bei Ersatzansprüchen gegen einen Assistenzarzt in einem Krankenhause, das von einem Stadtmagistrate verwaltet wird. Es wurde zwar anerkannt, daß er als Beamter der Stadtgemeinde zu gelten habe, aber ausgeführt, daß die Unterstützung des Vorstands bei Ausübung des ärztlichen Berufs — zu der die Assistenzärzte nach der Dienstesinstruktion berufen waren — keine Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt sei. In der Dienstesinstruktion war zwar den Assistenzärzten in gewisses selbständiges Vorgehen in dringenden Fällen („Anordnung des einstweilen Notwendigen") zur Pflicht gemacht und der Ersatzanspruch war auf eine hierbei angeblich unterlaufene Versäumnis gestützt; der VGH. nahm jedoch an, daß auch solche Anordnungen nur auf medizinisch-technischem Gebiete liegen und ein Teil der ärztlichen Behandlung seien. Daß der Geschädigte als Angehöriger einer Ortskrankenkasse im Vollzuge des Krankenversicherungsgesetzes im Krankenhause Aufnahme gefunden hatte, wurde für belanglos erklärt (Entsch. v. 29. November 1905, S. 40 ff.). — — n.

430

Literatur.

Maenner Karl, Reichsgerichtsrat. Das Sachenrecht nach dem BGB. und der GBO. für das deutsche Reich. 2. neubearbeitete Auflage des „Rechts der Grundstücke". München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). geb. Mk. 14.—.

Gerade im richtigen Zeitpunkt, um die in Bayern noch in der Gestaltung befindliche Praxis im Immobiliarsachenrechte zu beraten und zu beeinflussen, erscheint Maenners „Recht der Grundstücke" in neuer Fassung. Der Titel, der früher gegenüber dem Inhalt etwas zu eng gefaßt war, ist nun mit Recht geändert. Das Buch bietet einen fortlaufenden systematischen Text in flüssiger und schlichter Darstellung. Die gegenüber der ersten Auflage stark angewachsene Kasuistik, die zweifelhaften Fragen und die mit Sorgfalt, aber mit einer nur zu begrüßenden Beschränkung ausgewählten Literaturnachweise sind in umfangreiche Fußnoten verwiesen. Durch diese Ausscheidung wird die Darstellung übersichtlich, und die für den noch weniger Fortgeschrittenen oft störende Fülle der Einzelheiten von der Entwicklung der Hauptgrundsätze getrennt. Letztere besteht übrigens keineswegs nur in einer Wiedergabe des Gesetzestextes, sondern ist sorgfältig und streng wissenschaftlich durchgearbeitet. Das Buch wird vor allem unseren Rechtspraktikanten willkommen sein. Die Ausstattung ist sehr elegant.

von der Pfordten.

Weyl, Dr. Richard, a. o. Professor der Rechte an der Universität Kiel. System der Verschuldensbegriffe im BGB. für das Deutsche Reich. München 1905, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Brosch. Mk. 21.—.

Das sehr umfassend angelegte Buch stellt zunächst in einem mit „Materialsammlung" bezeichneten Abschnitte die einzelnen Typen des Verschuldensbegriffes zusammen, wobei zugleich die Fundorte im Gesetz in erschöpfender Weise verzeichnet werden. Hieran schließt sich als der wichtigste und für den Praktiker wohl am meisten beachtenswerte Teil die Zergliederung der einzelnen Verschuldensbegriffe unter höchst eingehender kritischer Würdigung der Literatur und Rechtsprechung; hierbei wird eine reiche Fülle von Kasuistik behandelt. Sodann wird eine Ordnung der Begriffe in einzelne Gruppen versucht und die Systematik noch durch Entwickelung der Elemente des Verschuldens, seiner Folgen usw. ergänzt. In diesem Rahmen hat der Verfasser nicht etwa nur einen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse erörtert, sondern seine tiefgehenden Untersuchungen greifen vielfach ein in den allgemeinen Teil des BGB., in das Familien- und Erbrecht; auch handelsrechtliche Vorschriften werden häufig in den Kreis der Betrachtung gezogen. Wir haben sonach eine Monographie von seltener Bedeutsamkeit vor uns. In einer Schlußbetrachtung hat der Verfasser eine bescheidene und gemäßigte Kritik des Gesetzes angefügt. Der Leser wird seine Bedenken nicht nur billigen, sondern angesichts der endlosen Streitfragen, die das Buch anregt, vielleicht geneigt sein, noch schärfer zu urteilen. In der Tat gewinnt man auch aus dieser trefflichen und gründlichen Schrift wieder den Eindruck, daß die wissenschaftliche Durchforschung unserer neuen Reichsgesetze, je weiter sie fortschreitet, eine immer größere Unsicherheit zutage fördert. von der Pfordten.

Webers Juristenkalender 1906, bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. Arthur Kallmann. Verlag von Erich Weber in Berlin. Preis Mk. 1.50.

Dieser Abreißkalender, der täglich ein gewisses Maß juristischer Kenntnisse vermitteln will, enthält auf jedem Blatte neben Sprichwörtern, Gedenktagen usw. kurze Ausarbeitungen aus dem Reichsrecht, Reichsgerichtsentscheidungen und einige geschichtliche Notizen. Ein wissenschaftlicher Wert kommt seinen abgerissenen Darbietungen natürlich nicht zu. von der Pfordten.

Notiz.

Aenderung des FGG. Nach den Vorschriften des FGG. bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in mehreren Fällen nach dem Wohnsitze. (§§ 36, 39, 45, 66, 73 FGG.) Der Begriff des Wohnsitzes ist dem BGB. (§§ 7—11) zu entnehmen. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BGB. haben Militärpersonen ihren Wohnsitz am Garnisonsorte. Durch das Gesetz vom 5. März 1906 (RGBl. Nr. 14 S. 387) wurde nunmehr dem § 3 FGG. eine dem § 14 ZPO. entsprechende Vorschrift als Abs. 2 beigefügt. Hiernach hat, wenn der für den Wohnsitz einer Militärperson maßgebende Garnisonsort in mehrere Gerichtsbezirke geteilt ist, die Landesjustizverwaltung den als Wohnsitz geltenden Bezirk durch allgemeine Anordnung zu bestimmen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.

Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising

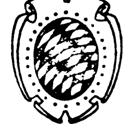
Nr. 8. München, den 15. April 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Das Apothekenkonzessionswesen und der Entwurf einer Verordnung, die Apotheken betreffend.

Von Rechtsanwalt **Dr. Sigfrid Strauß** in Nürnberg.

Der Entwurf einer Verordnung „die Apotheken betreffend" und einer zugehörigen Vollzugsanweisung, die das Ministerium des Innern vor kurzem veröffentlicht hat und die auch in der Tagespresse bereits mehrfach Beurteilung fanden, lenkten das Interesse weiter Kreise auf das Apothekenkonzessionswesen. Da zum Verständnis des Apothekenkonzessionswesens überhaupt und des Entwurfes der Verordnung im besonderen die Kenntnis der Geschichte und Entwicklung des Konzessionswesens erforderlich ist, ist es zweckmäßig, in einigen Zügen diese Geschichte und Entwicklung zu zeichnen.

I.

Man unterscheidet zwischen realen und radizierten Apotheken einerseits, konzessionierten Apotheken andererseits.

1. Die bestehenden realen und radizierten Apotheken stammen sämtlich aus der Zeit vor dem 1. Dezember 1804, weil es auf Grund einer kurfürstlichen Entschließung vom 1. Dezember 1804, die Handwerkbefugnisse betreffend, den Obrigkeiten verboten war, künftig eine Gerechtigkeit real zu machen. Das Gewerbegesetz vom 11. September 1825 setzte in Art. 4 fest, daß über die sogenannten realen und radizierten Gewerbe, welche diese Eigenschaft schon dermalen hatten, wie über jedes andere Privateigentum nach Maßgabe der bürgerlichen Gesetze verfügt werden kann. Die Verordnung vom 21. April 1862, den Vollzug der gesetzlichen Grundbestimmungen für das Gewerbewesen in den 7 Kreisen des Königreichs betreffend (RegBl. S. 713) und das bayer. Gewerbegesetz vom 30. Januar 1868 erkannten die realen und radizierten Gerechtigkeiten und das Recht, sie zu veräußern und zu verpachten, an.

2. Diesen realen und radizierten Gerechtigkeiten stehen die konzessionierten Apotheken gegenüber, für welche folgende Gesetze und Verordnungen maßgebend sind. Das Edikt über das Medizinalwesen in Bayern vom 8. September 1808 stellte in Tit. I § 4 die Vorbedingungen über die Ausübung des Apothekerberufs fest und eröffnete die Aussicht, daß „das Umständlichere hierüber in der nächstens erscheinenden Apothekerordnung vorgezeichnet werde".

Das Gewerbegesetz vom 11. Dezember 1825 [1]) bestimmte:

Art. 3. Jede Gewerbekonzession ist persönlich und unveräußerlich; das Gewerbe darf jedoch in allen Fällen von der Witwe, so lange sie in diesem Stande verbleibt, und von der böslich verlassenen Ehefrau des Gewerbsmannes durch einen befugten Werkführer fortgesetzt, auch soll auf die hinterbliebenen gewerbsfähigen Kinder vorzüglich Rücksicht genommen werden.

Art. 4. Ueber die Gewerbevor- und Einrichtungen . . . . wird festgesetzt:

3. Rechtmäßigen Erwerbern . . . . großer und kostbarer Gewerbevor- und Einrichtungen darf die zur Ausübung des Gewerbes erforderliche Konzession niemals verweigert werden.

Da in der Folge Art. 4 des GewG. von 1825 häufig so ausgelegt wurde, als ob mit jeder Apotheke kostbare Ein- und Vorrichtungen verbunden seien, und daher dem Erwerber dieser Ein- und Vorrichtungen die Konzession erteilt werden müsse, fand es das Ministerium für erforderlich, in seiner Entschl. vom 4. April 1857 (Weber, Gesetzessammlung Bd. 5 S. 45) zum Ausdruck zu bringen, daß keineswegs für alle Apotheken diese Vorschrift in Anwendung zu bringen sei; „es müsse mit aller Strenge auf dem Nachweis des Vorhandenseins der verlangten Voraussetzung bestanden werden, damit nicht unter dem Vorwande des rechtlichen Erwerbes großer und kostbarer Gewerbeein- und Vorrich-

[1]) Vgl. hierher noch die Kgl. VO. vom 28. Dezember 1825, die IMEntschl. vom 28. August 1835, desgl. vom 31. August 1854, ferner die MEntschl. vom 11. Januar 1861.

tungen die gesetzlichen Bestimmungen über die Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit der Gewerbekonzession umgangen werden."

Die schon im Jahre 1808 in Aussicht gestellte Apothekerordnung wurde am 17. Februar 1837 erlassen und an deren Stelle trat dann die Apothekerordnung vom 27. Januar 1842. Hinsichtlich der allgemeinen gewerbepolizeilichen Vorbedingungen der Konzessionen verwies sie auf die Art. 3—4 des GewG. vom 11. September 1825. Diese Bestimmungen wurden sodann durch das bayer. Gewerbegesetz vom 30. Januar 1868 aufgehoben.

In diesem Gesetze ist die Konzessionsfrage von neuem geregelt worden. In Art. 11 wurde unter Beseitigung der Ausnahme, daß den Erwerbern kostbarer Gewerbein- und Vorrichtungen die Konzession erteilt werden müsse, lediglich bestimmt: „Jede Konzession ist persönlich." Die Persönlichkeit der Konzession hat zur Folge, daß die Konzession, soweit nicht Ausnahmegesetze zulässig sind, nur von derjenigen Person ausgeübt werden kann, welcher die Konzession erteilt ist. Sie hat weiterhin zur Folge, daß die Konzession weder durch Verkauf, noch Vererbung noch Verzicht auf eine andere Person übertragen werden kann.

Die Inhaber von Apothekerkonzessionen waren sich bei Erlaß des Gesetzes der Tragweite des Art. 11 wohl bewußt und stellten an die Kammer der Abgeordneten den Antrag, es möge ein Zusatz gemacht werden

> „daß den rechtmäßigen und befugten Erwerbern einer im Betriebe stehenden Apotheke die Konzession nicht verweigert werden dürfe."

Dieser Antrag wurde von der Kammer mit großer Mehrheit verworfen, „weil hierdurch alle Apothekenkonzessionen die Natur von Realrechten erlangen würden." (Vgl. Kammerverhandlungen für 1867/69 Abt. II S. 380.) Am 31. Dezember 1870 erschien eine Ministerialentschließung, betreffend das Verfahren bei Verleihung von Apothekenkonzessionen (Oberbayern, KrABl. 1871 S. 41), welche folgendes anordnete:

> Um bei Verleihung von Apothekerkonzessionen auf die ältesten und best qualifizierten Bewerber genügend Rücksicht nehmen zu können, wird angeordnet, daß Gesuche um Erteilung neuer oder um Wiederverleihung erledigter Konzessionen, soweit nicht reale oder radizierte Gerechtsame in Frage kommen, unter Anberaumung einer Ausschlußfrist von 4 Wochen für Mitbewerbung im Kreisamtsblatt und in anderen Blättern von allgemeiner Verbreitung öffentlich auszuschreiben seien, wonach das weitere zu verfügen ist.

Gegen diese Ministerialentschließung (den sogenannten Braunschen Erlaß) richtete sich eine Vorstellung des mittelfränkischen Apothekergremiums, welche aber mit Ministerialentschließung vom 29. August 1871 abschlägig beschieden wurde.

Dort ist ausgeführt, es sei selbstverständlich, daß gegen den in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gelangten Willen der gesetzgebenden Faktoren nicht im Verordnungswege oder durch ministerielle Entschließung dem Erwerber einer Apotheke ein Anrecht auf die Konzession in irgend einer Weise zugesichert werden könne. In den Ministerialentschließungen vom 29. August 1871 (abgedr. Weber, Gesetzessammlung Bd. 9, S. 115), vom 20. Mai 1873 (Oberbayern, KrABl. S. 738) und 26. Juni 1882 (Weber, Bd. 15, S. 734) wies das Ministerium mit aller Entschiedenheit auf das gesetzlich feststehende Prinzip der Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit der Konzession hin und betonte als natürliche Folge des Prinzips die freie Mitbewerbung in allen Erledigungsfällen, wobei dem Erwerber einer Apotheke in keiner Form ein Anrecht auf die Konzession zugesichert werden könne[1]).

Auch die am 1. Juli 1872 in Bayern eingeführte Reichsgewerbeordnung vom 31. Juli 1869 hat an der Konzessionspflichtigkeit der bereits bestehenden und noch zu errichtenden Konzessionsapotheken nichts geändert, weil aus § 6 der Reichsgewerbeordnung geschlossen werden muß, daß das ganze Konzessionswesen, wie es zur Zeit der Einführung der Reichsgewerbeordnung bestand, bis zum Erlaß eines dieses Gebiet einheitlich regelnden (Reichs-)Spezialgesetzes der landesrechtlichen Regelung unterworfen bleibt[3]).

II.

Der Entwurf einer Verordnung hält an der Konzessionspflichtigkeit, wie sie im bayer. Gewerbegesetz von 1868 enthalten ist, fest, d. h. der Betrieb einer Apotheke, auch für den Fall, daß eine bereits bestehende Apotheke von einem Inhaber auf den andern übergehen soll, ist davon abhängig, daß der Staat die Konzession verleiht. Damit ist von neuem der Grundsatz der Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit der Apothekenkonzession ausgesprochen.

Das gleiche Prinzip besteht bereits in einer großen Anzahl der anderen Bundesstaaten (Baden seit 1806, Braunschweig, Württemberg seit 1834, Preußen seit 1886, bzw. 1894) und man hat dort unter den verschiedenartigsten Verhältnissen

---

[1]) Vgl. hierzu die damit übereinstimmenden Erklärungen des Staatsminister Dr. von Feilitzsch in der Kammer der Abg. vom 10. Januar 1894 (StenB. Bd. 2 S. 303) und vom 25. Februar 1898 (StenB. Bd. 6 S. 325).

[2]) Vgl. die Gesetzesmotive und die Entsch. der preuß. Reg. vom 10. August und 25. September 1871. Bay. MinVO. vom 20. Mai 1873 (ob. zit.) BlAdmPr. Bd. 23 S. 316. Weber, Ges.-Samml. Bd. 3 S. 431 Anm. 1. Seydel, Bay. Staatsrecht Bd. 5 S. 153. Landmann-Rohmer, GewO. § 6 S. 63.

die besten Erfahrungen mit diesem System gemacht, so daß am 29. Februar 1905 der pharmazeutische Dezernent im preußischen Kultusministerium Herr Medizinalrat Dr. Frölich als Vertreter des preußischen Kultusministeriums im Abgeordnetenhaus erklären konnte: „durch die Einführung der unverkäuflichen Konzession ist der erste Schritt für die Neugestaltung des Apothekenwesens getan und zunächst für einen Teil der bestehenden Apotheken freie Bahn für weitere Entschließungen geschaffen. Würde das Erreichte jetzt aufgegeben, so müßten daraus der in Vorbereitung befindlichen und allseitig als notwendig anerkannten Reform neue Schwierigkeiten erwachsen."

Mit der Durchführung des Personalkonzessionsprinzips in dem größten Teile des Deutschen Reiches werden die Wege immer mehr geebnet, welche schließlich zu einer einheitlichen, bereits in Art. 4 Ziff. 15 der Verfassung für das Deutsche Reich vom 6. April 1871 vorgesehenen reichsgesetzlichen Regelung des Apothekenwesens führen. Da das Prüfungsreglement für Apotheker, der Arzneihandel und das Arzneibuch schon reichsgesetzlich geregelt sind, wäre eine Ordnung des Apothekerkonzessionswesens auf der Grundlage der unveräußerlichen und unvererblichen Personalkonzession von Reichs wegen, wie sie von den Regierungen verschiedener Bundesstaaten angestrebt wird, im Interesse einer einheitlichen Reichsgesetzgebung sehr zu begrüßen.

Der Entwurf bestimmt in den §§ 5 und 6 im Einklang mit dem bisherigen Recht, daß die Bewilligung nur einem approbierten Apotheker erteilt werden kann, daß mit ihr dem öffentlichen Interesse gedient werden muß, und daß bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern das Dienstalter und die Qualifikation entsprechend zu berücksichtigen ist.

Auf das Dienstalter kommt in Anrechnung:

1. die entsprechend nachgewiesene Dienstzeit als konditionierender Apotheker oder als Beamter der Königlichen Leib- und Hofapotheke nach der Approbation;

2. die in Erfüllung der Wehrpflicht als Militärapotheker zugebrachte Dienstzeit;

3. die nach der pharmazeutischen Prüfung zur weiteren Ausbildung auf einer Hochschule, in einem wissenschaftlichen Institut oder bei einer öffentlichen Untersuchungsanstalt zugebrachte Zeit, in der Regel jedoch nicht mehr als drei Jahre;

4. ein angemessener Teil — in der Regel die Hälfte — der als Eigentümer oder Pächter einer Apotheke zugebrachten Zeit.

Als eine Lücke des Entwurfes wird wohl anzusehen sein, daß nicht auch die in städtischen Krankenhausapotheken zugebrachte Dienstzeit in Anrechnung gebracht wird. Die Qualifikation soll sich nach der Prüfungsnote und den entsprechend bezeugten Leistungen nach der Prüfung bemessen. Ein Sohn des bisherigen Eigentümers kann besonders berücksichtigt werden. Die letztere Bestimmung wird bei sachgemäßer, gerechter Anwendung, welche in der Hand der zuständigen Verwaltungsbehörde liegt, nicht zu einem für den Stand und dessen Angehörige verderblichen Nepotismus führen. Der Entwurf hat nicht unterlassen, in § 6 bei der Bewerbung um eine Konzession eine Bestimmung zu treffen, daß eine bereits früher erteilte Konzession entsprechend in Betracht zu ziehen ist, und dies in der Vollzugsanweisung dann dahin präzisiert, daß Eigentümer von Apotheken Berücksichtigung in der Regel erst nach 10jähriger Besitzdauer und nur dann finden können, wenn sie für den Fall der Berücksichtigung auf die bisherige Bewilligung gegen Ablösung und Abfindung verzichtet haben.

Damit ist das sogenannte A n c i e n n i t ä t s- und V o r r ü c k u n g s p r i n z i p auf den Schild erhoben, mit welchem man insbesondere in Baden zur Zufriedenheit des ganzen Apothekerstandes seit Jahrzehnten die besten Erfahrungen gemacht hat.

Von sehr einschneidender Bedeutung ist die Bestimmung des § 7 und der zugehörigen Vollzugsanweisung, wonach die Bewilligung zum Betriebe einer Apotheke von der Behörde an Bedingungen geknüpft werden k a n n, insbesondere an die Bedingung, daß der Konzessionsempfänger binnen angemessener Frist das Anwesen, die Einrichtung und die Vorräte einer bestehenden Apotheke ganz oder einzelne Teile hiervon a b l ö s t. Bei der Festsetzung des Ablösungsbetrages bleibt der G e s c h ä f t s wert außer Betracht; es sollen für die Festsetzung des Ablösungsbetrages im allgemeinen die ortsüblichen Preise maßgebend sein. Hierin liegt eine bemerkenswerte Neuerung gegenüber der bisherigen Uebung; denn der Erlaß der Kgl. Regierung vom 29. Juli 1900 ordnete an, daß bei Neuverleihung heimgefallener Konzessionen bei der Ablösung „auch dem Geschäfte einigermassen Rechnung zu tragen sei." Eine Ausgleichung für den nicht zu berücksichtigenden Geschäftswert schafft der Entwurf aber dadurch, daß er die Möglichkeit einer A b f i n d u n g des bisherigen Eigentümers oder dessen Erben für die Uebergabe des Geschäftes vorsieht. Es kann nämlich die Bewilligung zum Betriebe einer Apotheke — abgesehen von der Ablösungsverpflichtung — noch an die weitere Bedingung geknüpft werden, daß der Empfänger der Bewilligung binnen angemessener Frist den bisherigen Eigentümer oder dessen Erben für die Uebergabe des Geschäftes abfindet. Wird im einzelnen Falle diese Bedingung gesetzt, so ist bei der Bestimmung des Abfindungsbetrages neben dem Reinertrag insbesondere zu berücksichtigen, was der bisherige Eigentümer für die Errichtung oder den Uebergang des Geschäftes sowie für dessen Hebung getan hat. In Fällen, in denen die Bedingung der Ablösung oder Abfindung oder beide Bedingungen gesetzt werden, hat der einzelne Bewerber den Nachweis zu erbringen, daß er über die voraussichtlich nötigen Mittel verfügt (Ver-

mögensnachweis). Die Würdigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles wird den zuständigen Verwaltungsbehörden die Richtschnur geben, ob und welche Beträge in dem Festsetzungsbescheide für die Ablösung und Abfindung festzusetzen sind.

Mit Recht hat es die Regierung in dem Entwurf vermieden, für die Ablösung und Abfindung bestimmte Vorschriften, insbesondere zahlenmäßige Normen zu geben, da hierdurch nur der gerechten Würdigung der unter sich sehr verschiedenen Einzelfälle Hindernisse bereitet werden könnten.

Der amtlichen Festsetzung des Ablösungs- und Abfindungsbetrages muß die Einholung des Gutachtens einer Schätzungskommission vorausgehen, welche in der Regel aus 2 approbierten Apothekern und falls ein Anwesen in Betracht kommt, aus 2 Bausachverständigen besteht. Das Abschätzungs- und Festsetzungsverfahren tritt natürlich nicht ein, wenn sich der bisherige Eigentümer oder dessen Erben und derjenige, dem die Bewilligung erteilt ist, unter sich einigen.

Die Errichtung von Zweigapotheken ist nach § 11 des Entwurfs nur zulässig, wo das Bedürfnis nach einer Vollapotheke besteht, der Betrieb einer solchen aber wegen Mangels einer der Voraussetzungen nicht bewilligt werden kann.

Die Bewilligung zum Betriebe einer Zweigapotheke ist widerruflich.

Nach § 12 des Entwurfes kann in widerruflicher Weise einem entsprechend befugten approbierten Arzt die Bewilligung zum Betriebe einer Handapotheke erteilt werden, wo ein unabweisbares Bedürfnis nach einer Apotheke besteht, und der Betrieb einer Vollapotheke oder einer Zweigapotheke nicht bewilligt wird.

Das Bewilligungsverfahren hat eine bedeutungsvolle Aenderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande erfahren, insoferne als nicht mehr wie bisher die Kreisregierung, Kammer des Innern, erste und das Kgl. Staatsministerium des Innern zweite Instanz ist, sondern nach § 1 des Entwurfes, die Bewilligung zum Apothekenbetriebe in erster Instanz (nach Vernehmung des Bezirksarztes) der Distriktsverwaltungsbehörde, in München der Polizeidirektion zusteht, während in zweiter und letzter Instanz — vorbehaltlich der ministeriellen Oberaufsicht — nach Vernehmung des Kreismedizinalausschusses die Kreisregierung, Kammer des Innern, und zwar im Senat nach Maßgabe der Vorschriften über das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen entscheidet.

Der Instanzenzug für die Bewilligung von Apothekenkonzessionen war bisher ein außergewöhnlicher im Vergleiche zu anderen gleichwertigen Verwaltungsrechtssachen; durch die Neuregelung ist eine gewisse Gleichmäßigkeit des Verfahrens geschaffen worden, gegen die, wenn man sich auf den Standpunkt der Rechtspflege stellt, ernstlich nichts eingewendet werden kann.

Selbstverständlich hat für die beteiligten Kreise das bisherige Verfahren, in dem schon in erster Instanz ein Kollegium zu entscheiden hat und die zweite Instanz für alle Fälle das Ministerium bildet, mehr Gewähr für eine richtige und einheitliche Entscheidungspraxis geboten, während von nun ab in erster Instanz ein „Einzelrichter", in der zweiten Instanz für jeden der 8 Kreise die betreffende Kreisregierung die Entscheidung treffen soll. Allein es wird eben Sache des Ministeriums, als der Oberaufsichtsbehördese in, erforderlichenfalls durch entsprechende Instruktionen und Erlasse auf eine richtige Gesetzesauslegung und eine einheitliche Praxis der erkennenden Behörden hinzuwirken.

Das Bewilligungsverfahren tritt von Amts wegen oder auf Antrag ein, und zwar ist nicht nur der Bewerber und der bisherige, auf seine Bewilligung verzichtende Inhaber oder dessen Erben antragsberechtigt, sondern auch die Gemeinde. Vom kommunalpolitischen Standpunkt ist diese Neuerung gegenüber dem bisherigen Verfahren dankbar zu begrüßen.

Für das Bewilligungsverfahren zum Betriebe von Haus- oder Handapotheken ist in erster Instanz ebenfalls die Kreisregierung zuständig, jedoch entscheidet diese im Bureauwege. (§ 14 des Entw.)

Auch einen Zug ins Soziale zeigt der Entwurf insoferne, als er in § 16 eine Bestimmung enthält, daß der Distriktsverwaltungsbehörde nach Vernehmung der beteiligten Apothekenvorstände im Benehmen mit dem Bezirksarzt die Möglichkeit eröffnet ist, anzuordnen, daß an Sonn- und Feiertagen von mehreren Apotheken eines Ortes abwechselnd ein Teil geschlossen wird. (Sonntagsruhe).

Diese Anbahnung der Einführung der Sonntagsruhe scheint eine Folge der Tatsache zu sein, daß bereits in einer großen Anzahl von Städten im Deutschen Reich auf Grund Uebereinkommens der Apothekervorstände die Sonntagsruhe eingeführt ist. Der Entwurf, welcher bei der Verschiedenartigkeit der Meinungen und Wünsche in Apothekerkreisen wohl da und dort in einzelnen Bestimmungen beanstandet werden wird, ist dazu angetan, in die gegenwärtigen, anerkanntermaßen reformbedürftigen Zustände eine gewisse Einheit und Ordnung zu bringen; er ist aber auch der den weitausschauenden Blick des Gesetzgebers zeigende Wegweiser für eine Reform von Reichswegen und schon aus diesem Grunde verdient er den Dank der beteiligten Kreise.

Möge dies die Kritik, welche sich bald in reichem Maße über den Entwurf ergießen wird, nicht übersehen! „Nur Vorurteile und Eigennutz wollen alles beim alten lassen und den Strom — Vernunft und Recht — in seinem Laufe hemmen."



Eigentumsverhältnisse an Feldwegen.

Von
Anlegungskommissär **Wilhelm Krieuer** in Bad Kissingen.

Wohl allen mit der Anlegung des Grundbuchs Beschäftigten ist als eine der am wenigsten befriedigenden Materien die Behandlung der Wege und besonders der Feldwege erschienen. In wessen Eigentum stehen diese im Grundsteuerkataster regelmäßig und zwar meist ohne Angabe eines Erwerbtitels auf Gemeindebesitz zugeschriebenen Wege?

Da bei den Liquidationsverhandlungen, auf die sich die Anlage der Urkataster gründet, nur die Besitzer von steuerbaren Grundstücken über deren Eigentumsverhältnisse vernommen wurden (§ 64 Abs. II des Gesetzes über die allgemeine Grundsteuer vom 15. August 1818), die ausgemessenen Wege aber zu den unsteuerbaren Grundstücken gehören, so ist auch aus diesen Verhandlungen über die Eigentumsfrage in der Regel nichts zu entnehmen. Die nächstliegende Behandlung ist unter diesen Verhältnissen diese, die einzelnen katastermäßigen Wege auf Grund des Katasterplanes, nötigenfalls durch Augenscheinseinnahme darauf zu prüfen, ob es sich bei ihnen um wirkliche selbständige Grundstücke handelt oder nur um unselbständige, d. h. ob im letzteren Falle die Wege nur Bestandteile der Grundstücke sind, an welche sie angrenzen oder über die sie führen; im ersteren Falle wären die Wege als Eigentum der Gemeinde ins Grundbuch einzutragen, im letzteren Fall aber als Bestandteile der Grundstücke nach Maßgabe der sie (die Wege) bildenden Teilflächen zu buchen. (Cf. § 300 der Dienstanweisung f. d. Grundbuchämter.) Daß bei einer solchen Prüfung, ob selbständige oder unselbständige Grundstücke in Frage kommen, das Ermessen der einzelnen Anlegungsbeamten einen ungemein weiten Spielraum hat, und daß mithin in den einzelnen Gerichtsbezirken eine sehr verschiedene Behandlung stattfinden kann, ist klar. Ist nun aber des ferneren bei den auf diese Weise der ersten Gattung eingereihten Wegen immer noch nicht festgestellt, auf Grund welchen Rechtstitels sie Eigentum der Gemeinde sind, so wird wohl bei den meisten Wegen der zweiten Gattung die Erfahrung gemacht, daß keiner der Angrenzer sie zu Privateigentum haben will und Gemeindeausschuß und Feldgeschworene sie übereinstimmend als Eigentum der Gemeinde in Anspruch nehmen.

Vielleicht mag eine historische Untersuchung darüber, wie sich diese Wege gebildet haben, einige Anhaltspunkte für die Eigentumsfeststellung geben.

Als zu Anfang der vom 5. Jahrhundert an beginnenden dorfweisen Ansiedelung Sondereigentum sich nur im engsten Kreise des Dorfes, an Haus und Hofstatt, allmählich bildete, der ganze Umkreis des Dorfes dagegen, aus Wiese, Weide und Wald bestehend, noch gemeinsames Eigentum, Almende war, konnten Feldwege im heutigen Sinne selbstverständlich noch nicht entstehen. Denn wenn auch da und dort Streifen Landes in regelloser Folge urbar gemacht wurden, so bildete sich an diesen Länderstrichen doch in erster Zeit noch nicht die Idee des Privateigentums heraus, das die Voraussetzung für die Existenz selbständiger Feldwege bildet. Diese Idee entwickelt sich wohl erst mit dem Uebergang zur Dreifelderwirtschaft.

Jetzt wurde das bisher gemeinsame Land, die Almende, zunächst im nächsten Umkreis des Dorfes in regelmäßig drei große Fluren geteilt, welche abwechslungsweise Sommer- oder Winterfrüchte trugen oder als Brache ruhten; diese Fluren wurden wieder in Gewanne geteilt, von jedem Gewanne erhielt jeder Dorfgenosse einen Streifen Ackerlandes zu Sondereigentum zugewiesen. So lagen schon von Anfang an die einzelnen Parzellen durcheinandergewürfelt im Gemenge.

Ohne die zur Bewirtschaftung der Aecker nötigen Feldwege ist aber deren Bebauung überhaupt nicht denkbar.

Nichts liegt daher näher, als daß bei der geschilderten Aufteilung von Almendegrund in Sondereigentum die zur Bewirtschaftung der aufgeteilten Aecker notwendigen gemeinsamen Zufahrten nicht auch in Sondereigentum übergingen, sondern als Ueberbleibsel der Almende einfach als gemeinsames Eigentum liegen blieben. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß bei den späteren Gemeindeteilungen, die immer entfernter liegende Umkreise der Almende ergriffen, Feldwege auf die nämliche Weise entstanden sind.

An der Hand der Katasterpläne läßt sich in vielen Fällen mit ziemlicher Sicherheit bestimmen, wie sich diese Aufteilung der Almende allmählich vollzogen hat; geringe Höhenzüge, Wasserläufe u. a. gaben meist die Richtschnur für den Ausbruch einzelner Länderstrecken, die heute noch als Flurabschnitte mit meist eigener Namensbezeichnung leicht erkennbar sind. Die solche Flurabschnitte durchziehenden Feldwege können nach dem Gesagten wohl unbedenklich als Gemeindeeigentum und zwar auf Grund unvordenklichen Besitzes ins Grundbuch eingetragen werden.

Bei einer Reihe von Feldwegen kann aber diese Art der Entstehung nicht mit gleicher Sicherheit festgestellt werden; auch mögen sich nach und neben den Gemeindeteilungen neue Feldwege dadurch gebildet haben, daß die ursprünglich verteilten Grundstücke sich im Lauf der Zeit, nicht zum mindesten durch Erbteilung, in kleinere Parzellen zersplitterten und hierdurch das Bedürfnis zur Bildung weiterer gemeinsamer Feldwege entstand. Hier bleibt wohl nur übrig, aus der Art der Benützung oder der Unterhaltungspflicht Schlüsse auf das Eigentum zu ziehen. Eben bezüglich der Unterhaltungspflicht der Feldwege treffen wir aber

auf einen auffallenden Widerspruch zwischen den Prinzipien der bayerischen Gemeindeordnung vom 29. April 1869 und der tatsächlichen Rechtslage.

Art. 55 der GemO. kennt hinsichtlich der Unterhaltungspflicht zwei Arten von Feldwegen. Als Regelfall ist gedacht, daß die Feldwege von den Beteiligten selbst unterhalten werden und ihnen unmittelbar anheimgestellt ist, fragliche Einrichtungen zu treffen; nur wenn dies durch die Beteiligten nicht unmittelbar geschieht, ist die Gemeindeverwaltung berechtigt und auf Antrag eines Beteiligten verpflichtet, in bestimmtem Verfahren die notwendigen Anordnungen zu treffen und über den erforderlichen Aufwand zu beschließen.

Nur ausnahmsweise ist die Wegunterhaltung (abgesehen von dem weiteren uns hier nicht näher interessierenden Fall des Art. 55 Abs. IV) Gemeindelast und Gemeindeangelegenheit, wenn hierfür ein besonderer Rechtstitel vorliegt.

Eine Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse in den einzelnen Gemeinden ergibt aber, daß der Fall gerade umgekehrt gelagert ist: die überwiegend größte Zahl der Feldwege wird von der Gemeinde unterhalten, nur ein verschwindend kleiner Teil von den Beteiligten im Sinne der Gemeindeordnung oder von den Angrenzern. Eine historische Untersuchung mag die Erklärung dieses Verhältnisses geben.

Bekanntlich waren die alten Markgenossenschaften, die Vorgänger der jetzigen Gemeinden, von vorwiegend wirtschaftlicher Bedeutung; sie beruhten vornehmlich auf Feld-, Wald- und Wiesengemeinschaft und faßten mit Mehrheit Beschlüsse über die gemeinsame Bebauung der Aecker, Zeit der Weide, Art der Holznutzung usw. Im engsten Zusammenhang damit erstreckte sich diese Gemeinschaft auch auf die zur Bewirtschaftung der Grundstücke dienenden Feldwege, welche, auch wenn nur ein Teil der Genossen mit Grundstücken angrenzte, gemeinsam hergestellt und unterhalten wurden, sei es durch Gemeindedienste, sei es durch Entnahme der erforderlichen Materialien aus der Allmende.

Als auch mit Aufhören der Feldgemeinschaft an die Stelle der Markgenossenschaften die neueren, vorwiegend öffentlichen Aufgaben dienenden politischen Gemeinden traten, erhielt sich ihre wirtschaftliche Bedeutung doch immer noch hauptsächlich in der Erhaltung und Unterhaltung der gemeinsamen Feldwege. Gerade die Sorge für diese gehörte immer in erster Linie zu den eigentlichen Gemeindeangelegenheiten. So wurden denn diese Wege stets als Gemeindeanstalten und als Eigentum der Gemeinde angesehen, teils wegen ihrer Eigenschaft als Bestandteile der Allmende, wie oben gezeigt wurde, teils wegen ihres gemeinsamen Zweckes. Daß diese Auffassung bis zur Geltung der jetzigen Gemeindeordnung die herrschende war, zeigen die im Gemeindeedikt vom 24. September 1808, der Verordnung vom 6. Februar 1812, die besonderen Umlagen für die Gemeindebedürfnisse betreffend, im Gemeindeedikt von 1818/1824 und im Gesetz vom 22. Juli 1819, die Umlagen für die Gemeindebedürfnisse betreffend, auf die Feldwege bezugnehmenden Bestimmungen, welche hierin als notwendige Mittel zur Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes der Gemeinden bezeichnet werden. (Cf. Kahr, Kommentar zur BayGemO. S. 341 ff. u. 616 ff.). Wenn nun aber Kahr a. a. O. S. 616 in der Bestimmung des Art. 55 GemO., welche die bisherigen, durch jahrhundertelange Uebung eingewurzelten Verhältnisse auf den Kopf stellt, eben auch hier die fortschreitende Entwickelung der Gemeinde aus der ursprünglich ausschließend wirtschaftlichen Genossenschaft zur modernen politischen Gemeinde erkennt, so zwar, daß nun gerade das, was anfänglich und auch späterhin noch Hauptzweck der gemeindlichen Vereinigung war, aus den eigentlichen gemeindlichen Aufgaben herausgenommen ist, so kann dem wohl nicht beigestimmt werden. Denn einmal würde diese Entwickelung für die hier in Betracht kommenden Landgemeinden kaum einen Fortschritt bedeuten, dann aber hat, wie schon oben erwähnt wurde, die wirtschaftliche Weiterentwickelung das in Art. 55 ausgesprochene Prinzip ziemlich vollständig ignoriert; der dort als Ausnahme gedachte Fall ist Regel geblieben.

Wie es vor Geltung der Gemeindeordnung der Fall war, so wird auch seitdem die Unterhaltung der Gemeindewege in der Regel als Gemeindeangelegenheit und Gemeindelast angesehen.

Galten aber vor dem Jahre 1869 jene Wege, die von der Gemeinde unterhalten wurden, als Gemeindeanstalten und Gemeindeeigentum, so ist dieses Rechtsverhältnis ohne Zweifel noch heute zutreffend, da ein Rechtsakt, vermöge dessen das bis dahin bestehende Gemeindeeigentum an Private übergegangen wäre, wohl in keinem Falle nachgewiesen werden kann. Es muß daher die Feststellung, daß der betreffende Feldweg seit unvordenklichen Zeiten von der Gemeinde unterhalten wurde, zur Glaubhaftmachung des Eigentums der Gemeinde hieran und zwar auf Grund unvordenklichen Besitzes wohl genügen (s. auch Kahr a. a. O. S. 615 Abs. 5). Hand in Hand mit dieser wird auch die weitere Feststellung gehen, daß die fraglichen Feldwege stets von einem größeren Kreise von Beteiligten benützt werden; ist doch dieser Umfang der Benützung seit jeher Voraussetzung für das Interesse und die Unterhaltung seitens der Gemeinde. Der verbleibende geringe Rest der Feldwege wird als Bestandteil der anliegenden Grundstücke, oder in besonders gelagerten Fällen als Miteigentum im Sinne des Art. 43 des Uebergangsgesetzes zu buchen sein.

Die Behandlung in dieser Weise dürfte manche Vorzüge haben. Vor allem würde ein möglichst gleichmäßiges Verfahren in allen Gerichtsbezirken erzielt.

Abgesehen ferner von der Frage, ob die Behandlung gemäß § 300 der Dienstanweisung mit § 94 ff. BGB. und § 3 GBO. im Einklang steht, sind auch die angrenzenden Grundstücke in vielen Fällen nicht mit Sicherheit ohne weiteres festzustellen; manche Feldwege haben seit Herstellung der Katasterpläne im Laufe der Zeit eine veränderte Richtung angenommen, berühren daher andere Grundstücke, als aus den in der Zwischenzeit nicht berichtigten Plänen zu ersehen ist; die Teilflächen des Weges können daher auf diese Weise oft unrichtigen Grundstücken zugeschrieben werden.

Auch gewinnt das Grundbuch durch häufige Zuschreibungen nach § 300 DAnw. keineswegs an Uebersichtlichkeit und es können durch grundbuchamtlichen Vollzug von später an den angrenzenden Grundstücken vorgenommenen Vermessungen leicht Schwierigkeiten sich ergeben.

Endlich ist die Möglichkeit, daß im Anmeldungsverfahren eine Unmenge von Fahrtrechten u. a. zu Lasten der Angrenzer der betreffenden Feldwege angemeldet werden, nach Möglichkeit ausgeschlossen, wenn diese auf die Gemeinde zugeschrieben sind; denn durch die dieser Eintragung vorhergehenden Erhebungen ist schon festgestellt, daß ein öffentlicher Feldweg in Frage steht (s. Kahr a. a. O. S. 386 letzter Absatz), es sich mithin um eine Grunddienstbarkeit nicht handeln kann.

Der Fund.

Von Stadtrat **Dr. Troitzsch** in Wurzen.

Das BGB. behandelt in § 965 ff. den Fund. Die in den angezogenen §§ enthaltenen Bestimmungen lohnen eine eingehende Besprechung.

I. Begriff des Fundes (§ 965 Abs. 1).

Derjenige, der eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, ist der Finder. Durch den Fund erwachsen ihm, wie später auseinandergesetzt wird, obligatorische Pflichten auf der einen Seite, auf der andern Seite erwirbt er Rechte.

1. Kehren wir jedoch zur Begriffsbestimmung zurück und prüfen, welche Gegenstände als Fundgegenstände in Frage kommen können. Das BGB. bezeichnet als solche Gegenstände „verlorene Sachen", d. s. Sachen, die im Eigentum einer Person stehen, über die aber der Besitzer ohne seinen Willen die tatsächliche Gewalt verloren hat, und über die ein Dritter diese Gewalt nicht erlangt hat.

Hieraus folgt, daß

a) Gegenstand eines Fundes niemals eine herrenlose Sache sein kann,

b) auch gestohlene, vom Diebe verlorene Sachen Gegenstand des Fundes sein können und

c) die freiwillige Aufgabe des Besitzes an einer Sache bewirkt, daß die Sache nicht mehr Gegenstand des Fundes sein kann.

Die nicht uninteressante und von Planck, BGB. III. Bd. § 965 S. 227, angeregte Frage, ob eine Sache auch dann verloren sei, wenn der unmittelbare Besitzer die Gewalt freiwillig, aber ohne den Willen des mittelbaren Besitzers aufgegeben habe, ist von diesem bejaht worden. Für Bejahung der Frage spricht der Umstand, daß der mittelbare Besitzer unter Umständen an der Erhaltung des Eigentums an einer Sache ein größeres Interesse hat als der unmittelbare, und es nicht ersichtlich ist, warum der mittelbare Besitzer, der in diesem Falle ohne Schuld die Sache verliert, schlechter gestellt sein soll als ein anderer unmittelbarer Besitzer.

2. Finder ist aber nicht derjenige, welcher eine verlorene Sache wahrnimmt, sondern nur derjenige, der sie nach Wahrnehmung an sich nimmt, d. h. über sie die tatsächliche Gewalt sich verschafft. Daraus ergibt sich, daß derjenige, der auf der Straße eine Sache liegen sieht, sie aufhebt, ansieht und wieder wegwirft, nicht als Finder anzusehen ist, da er sich nicht über diese Sache die tatsächliche Gewalt verschaffen will, geschweige denn sie sich verschafft hat.

II. Pflichten des Finders.

1. Die Anzeigepflicht (§ 965).

a) Die Anzeige ist ohne Rücksicht auf den Wert der gefundenen Sache unverzüglich dem Verlierer, Eigentümer oder dem sonstigen Empfangsberechtigten, sofern dem Finder der Aufenthalt dieser Personen bekannt ist, zu erstatten.

α) Einer besonderen Form bedarf diese Anzeige nicht. Sie kann mündlich, schriftlich, telegraphisch oder telephonisch erfolgen.

β) Die Anzeige hat „unverzüglich" zu erfolgen, d. h. sobald als der Aufenthalt einer der unter 1a genannten Personen dem Finder bekannt wird und eine Benachrichtigungsmöglichkeit gegeben ist.

γ) „Ohne Rücksicht auf den Wert der gefundenen Sache".

Hat die Sache einen Wert von 3 Mk. oder weniger als 3 Mk., so ist der Finder von der Anzeigepflicht nicht entbunden, wenn ihm der Eigentümer, Verlierer und sonstige Empfangsberechtigte bekannt ist und eine Anzeige an den ihm bekannten Aufenthalt möglich ist.

δ) Die Anzeige ist zu erstatten „dem Eigentümer, Besitzer oder sonstigen Empfangsberechtigten".

Aus den Worten „sonstigen Empfangsberechtigten" ergibt sich, daß auch der Eigentümer und Besitzer als Empfangsberechtigter anzusehen ist. Unter Empfangsberechtigter ist derjenige zu verstehen, der auf Grund eines dinglichen Rechtes die Herausgabe einer Sache fordern kann, ferner derjenige, der unfreiwillig die tatsächliche Gewalt über die gefundene Sache verloren hat (z. vgl. oben I, Ziff. 1 Abs. 1, I, Ziff. 1 Abs. 2 c), z. B. der Verlierer, der frühere Besitzer einer gestohlenen, vom Diebe verlorenen Sache (§ 1002 Abs. 2 BGB.,

sofern es sich nicht um verlorenes Geld oder Inhaberpapiere handelt). Aus der dem Worte „Empfangsberechtigten" gegebenen Begriffsbestimmung ergibt sich weiterhin, daß verschiedene Personen Empfangsberechtigte auf eine Sache sein können. Durch Erstattung der Anzeige an einen Empfangsberechtigten genügt der Finder seiner Anzeigepflicht.

b) Sind dem Finder die Empfangsberechtigten nicht bekannt, oder sind sie ihm bekannt, ihr Aufenthalt jedoch ihm unbekannt, so hat er die Anzeige, falls der gefundene Gegenstand einen Wert von mehr als 3 Mk. hat, bei der Polizeibehörde unter Mitteilung der Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangsberechtigten von Wert sein können, zu erstatten.

α) Ueber Form und Unverzüglichkeit der Anzeige z. vgl. 1a, α u. β.

β) Die Anzeige hat bei der Polizeibehörde zu geschehen. Bei welcher Polizeibehörde er die Anzeige erstatten will (etwa der für den Fundort oder der für seinen Wohnort zuständigen), bleibt zunächst dem Ermessen des Finders überlassen. Das Recht jedoch, eine Bestimmung hierüber zu treffen, wird den hiezu zuständigen Landesbehörden nicht bestritten werden können.

γ) Der Finder wird zunächst selbst zu erwägen haben, welchen Wert die Sache hat. Schätzt er eine Sache, die mehr als 3 Mk. wert ist, geringer, und unterläßt er die Anzeige, so haftet er nur, wenn er bei der Schätzung vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Nur in diesen Fällen verwirkt er die ihm zustehenden Rechte auf Finderlohn. Die Rechtsverwirkung tritt nicht ein, wenn der Finder nur gering fahrlässig bei der Schätzung handelte.

δ) Dem Finder ist es jedoch unbenommen, auch dann bei der Polizeibehörde Anzeige zu erstatten, wenn der Fundgegenstand nicht 3 Mk. wert war. Die Polizeibehörde darf unter Berufung auf den geringen Wert der Sache die Annahme der Anzeige nicht ablehnen.

2. Die Verwahrungspflicht (§ 966 Abs. 1 BGB.).

a) Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet, d. h. er hat dafür Sorge zu tragen, daß die von ihm gefundene Sache in ihrem Bestand erhalten bleibt und nicht in den Besitz unberechtigter Dritter gelangt. Hieraus ergibt sich, daß, soweit es zur Erhaltung notwendig ist, der Finder Aufwendungen für die Fundsache zu machen hat.

b) Die Pflicht zur Verwahrung beginnt mit dem Augenblick, in dem sich der Finder die tatsächliche Gewalt über die gefundene Sache verschafft hat. Eine Verwahrungspflicht wird dem, welcher eine gefundene Sache wahrnimmt, sie aufhebt aber wieder liegen läßt, nicht angesonnen werden können, da er nicht die Absicht hatte, sich über die Sache die tatsächliche Gewalt zu verschaffen und er sich auch diese Gewalt nicht verschafft hat. Ist letzteres jedoch geschehen, so kann der Finder sich der Verwahrungspflicht nicht mehr entziehen. Er verletzt seine Verwahrungspflicht, wenn er die gefundene und an sich genommene Sache an den Fundort zurückbringt.

c) Dem Finder ist es jedoch unbenommen, sich durch Ablieferung der gefundenen Sache an die Polizeibehörde der Verwahrungspflicht zu entziehen (§ 967 BGB.), ohne daß er die ihm aus dem Funde einer Sache erworbenen Rechte (vgl. unter III) verwirkt. (§ 975 BGB.)

d) Die Verwahrungspflicht endigt mit der Herausgabe der Sache an den Verlierer oder einen sonstigen Empfangsberechtigten. Herausgabe an den Verlierer oder einen von mehreren Empfangsberechtigten befreit den Finder von jeder weiteren Haftpflicht gegenüber den übrigen Empfangsberechtigten, es sei denn, daß er bei Herausgabe an den unredlichen Besitzer vorsätzlich oder grob fahrlässig handelte (z. B. bei Herausgabe einer vom Dieb verlorenen Sache an den Dieb mit Kenntnis des Diebstahls).

e) Die Verwahrungspflicht tritt in veränderter Form ein bei Sachen

α) deren Verderb zu besorgen ist, oder

β) deren Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Diese Sachen ist der Finder verpflichtet, nicht nur berechtigt, zu versteigern. Er hat jedoch nach erfolgter Versteigerung den Erlös zu verwahren.

Die Versteigerung hat öffentlich zu erfolgen (§ 966 Abs. 2 BGB.). Daraus ergibt sich, daß die Versteigerung durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten andern Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer zu erfolgen hat (§ 383 Abs. 3 BGB.). Die Bestimmungen des § 385 finden, auch wenn die gefundene Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat, keine Anwendung.

3. Ablieferungspflicht.

Falls der Finder nicht von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, die gefundene Sache oder deren Erlös bei der Polizeibehörde zu hinterlegen, kann diese die Ablieferung der Sache oder des Erlöses von dem Finder fordern. Die Ablieferung des Fundes oder des Versteigerungserlöses zu fordern, ist in das Ermessen der Polizeibehörde gestellt. Sie wird dies stets dann tun müssen, wenn die Person des Finders ihr keine genügende Gewähr dafür bietet, daß der Finder seiner Verwahrungspflicht nachkommt. Auf der andern Seite darf die Polizeibehörde nicht grundlos die Ablieferung des Fundes fordern. Gegen die Forderung der Polizeibehörde, die gefundene Sache herauszugeben, steht dem Finder die Geltendmachung der im Verwaltungsverfahren bestehenden Rechtsmittel zu.

4. Die Haftpflicht (§ 968 BGB.).

Die Haftpflicht des Finders tritt ein, wenn sein Verschulden ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges ist.

a) Eine vorsätzliche Pflichtverletzung liegt dann vor, wenn der Wille des Finders auf einen bestimmten Erfolg gerichtet ist, obwohl er weiß, daß die Erreichung dieses Erfolges eine Pflichtverletzung ist.

b) Den Begriff der groben Fahrlässigkeit bestimmt das BGB. im Gegensatz zu älteren Gesetzbüchern nicht. Es versteht unter Fahrlässigkeit „eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt". Eine grobe Fahrlässigkeit würde eine Außerachtlassung dieser Sorgfalt im erhöhten Maße bedeuten. Ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, wird im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen unterstellt werden müssen.

III. Rechte des Finders.

1. Ersatzansprüche (§ 970).

Der Finder ist berechtigt, Ersatz der Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, zu machen, soweit sich diese auf die Verwahrung der Sache und auf die Erhaltung der Sache erstrecken, oder soweit sie zur Ermittelung der Empfangsberechtigten nötig sind. Der Finder wird zunächst selbst zu prüfen haben, ob und inwieweit die Aufwendungen nötig sind. Im Streitfalle wird die Beurteilung dem richterlichen Ermessen zu unterstellen sein. Ueber den Ersatz von Aufwendungen z. vgl. auch §§ 256, 257 BGB. (Der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen ist gerichtet auf Erstattung des aufgewendeten Betrages nebst Zinsen dieses Betrages vom Tage der erfolgten Aufwendung. Zinsen sind nicht zu entrichten für die Zeit, für welche dem Finder Nutzungen oder Früchte der gefundenen Sache ohne Vergütung verbleiben. Nach Befinden geht der Anspruch auch auf Befreiung von einer eingegangenen Verbindlichkeit.) Zur Erstattung der Aufwendungen ist jeder Empfangsberechtigte verpflichtet, auch wenn die Aufwendungen zur Ermittelung eines anderen Empfangsberechtigten gemacht und nötig waren.

2. Finderlohn (§ 971).

Der Anspruch auf Finderlohn wird unabhängig von und neben den anderen dem Finder aus der Tatsache des Fundes zustehenden Rechten erworben. Der Anspruch kann von dem Finder gegenüber jedem Empfangsberechtigten geltend gemacht werden. Er erlischt mit Befriedigung des Finders durch einen oder mehrere Empfangsberechtigte.

Der Finderlohn beträgt von dem Wert der Sache bis zu 300 Mk. 5 %, von dem Mehrwert 1 %, bei Tieren 1 %.

Bei Sachen, die nur für den Empfangsberechtigten Wert (ideellen Wert) haben, wird der letztere nach billigem Ermessen im Einverständnis zwischen Finder und Empfangsberechtigten festgestellt. Läßt sich eine Einigung nicht erzielen, so wird die Höhe im Prozeßwege durch Urteil festgestellt (§ 315 BGB.). Die Geltendmachung des Anspruchs auf Finderlohn ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt hat (d. h. nicht unverzüglich den Fund angezeigt hat), oder den Fund auf geschehene Nachfrage verheimlicht.

Auf den Finderlohn kann der Finder jederzeit verzichten. Der Verzicht kann rechtswirksam dem Empfangsberechtigten oder auch der Polizeibehörde gegenüber erklärt werden. Der Anspruch auf Finderlohn geht, nachdem der Finder verzichtet hat, nicht auf Dritte (z. B. Gemeinde) über.

Des Anspruches auf Finderlohn geht der Finder verlustig

1. bei Unterlassung der Anzeige von dem erfolgten Fund,
2. bei Verheimlichung des Fundes auf geschehene Nachfrage.

Die Nachfrage kann von der Polizeibehörde, einem der Empfangsberechtigten, oder einem im Auftrage eines Empfangsberechtigten stehenden Dritten gehalten werden. — Geht der Finder des Anspruchs verlustig, so geht der Anspruch auf Dritte (z. B. Gemeinde) nicht über.

3. Zurückbehaltungsrecht.

Der Finder ist berechtigt, bis zur Befriedigung seines Anspruches auf Erstattung der Aufwendungen, sowie des Anspruches auf Finderlohn die Herausgabe der gefundenen Sache zu verweigern. Das Zurückbehaltungsrecht kann gegenüber jedem Empfangsberechtigten, der die Herausgabe der Sache fordert, geltend gemacht werden und erlischt, sobald einer der mehreren Empfangsberechtigten die Ansprüche des Finders befriedigt. Nicht uninteressant ist die Frage, ob in den Fällen, in denen die gefundene Sache für einen der mehreren Empfangsberechtigten einen höheren Wert als für die anderen Empfangsberechtigten hat, der Finder den erhöhten Finderlohn von jedem Empfangsberechtigten zu fordern berechtigt ist. Diese Frage wird bejaht werden und dem Finder das Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber dem Empfangsberechtigten zugestanden werden müssen, der sich zwar zur Gewährung des Finderlohnes bereit erklärt, aber ihn nur in Höhe von 10 % des Wertes, den die Sache für ihn hat, gewähren will, obwohl sie für einen anderen Empfangsberechtigten einen höheren Wert hat.

4. Ablieferungsrecht.

Der Finder ist jederzeit berechtigt, die von ihm gefundene Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abzuliefern. Ihm steht auch hier die Wahl zu, bei welcher Polizeibehörde er die Sache abliefern will (Behörde des Fundortes, seines Wohnsitzes usw.), soweit nicht durch die

Landeszentralbehörden hierüber Bestimmungen getroffen sind. Die Polizeibehörden dürfen die Annahme der gefundenen Sachen nicht verweigern. Zur Versteigerung sind sie aus denselben Gründen auch ohne Zustimmung des Finders berechtigt, aus denen der Finder zur Versteigerung schreiten kann. Nach erfolgter Versteigerung ist die Polizeibehörde zur Aufbewahrung des Erlöses verpflichtet. Durch Ablieferung der gefundenen Sache begibt sich der Finder keiner der ihm zustehenden Rechte. Die Polizeibehörde darf ohne seine Zustimmung die gefundene Sache oder deren Erlös nicht an einen Empfangsberechtigten herausgeben; ebensowenig darf sie grundlos die Wiederherausgabe der gefundenen Sache oder des Versteigerungserlöses an den Finder verweigern.

5. Das Recht auf Erwerb von Eigentum.

Das wichtigste Recht des Finders ist das Recht auf Erwerb des Eigentums an dem Funde. Dieses Recht bestand schon im Rechtsgebiete des gemeinen Rechtes, welches den Fund zu den originären Eigentumserwerbsarten zählt.

a) Voraussetzungen des Rechtes auf Erwerb des Eigentums bei Sachen im Werte von mehr als 3 Mk.

α) Anzeige bei der Polizeibehörde.

Das BGB. spricht sich nicht darüber aus, ob eine Verletzung der Anzeigepflicht (z. B. eine verspätete, nicht unverzügliche Anzeige) dem Anspruch des Finders auf Erwerb von Eigentum entgegensteht. Aus Gründen der Billigkeit müßte die Frage, ob dem Finder, der der Anzeigepflicht nicht genügend nachkommt, das Recht auf Eigentumserwerb zugesprochen werden kann, verneint werden, schon um deswillen, weil ihm nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ein Anspruch auf Finderlohn versagt ist. Hierzu kommt noch, daß der Finder einer Sache von 3 Mk. und weniger Wert das Eigentum nicht erwirbt, wenn er die Sache auf vorherige Nachfrage verheimlicht. Gesteht man trotzdem dem Finder, der die Anzeigepflicht insoweit verletzt, als er verspätet Anzeige erstattet, das Recht, das Eigentum zu erwerben, zu, so läßt sich dies nur dadurch rechtfertigen, daß das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung, daß die Verletzung der Anzeigepflicht zur Folge hat, daß der Finder Eigentum nicht erwirbt, nicht enthält, und daß die Auslegung der Worte „nach der Anzeige“ als „nach der unverzüglichen Anzeige“ dem Gesetze Zwang antun würde und nicht ersichtlich ist, warum der Gesetzgeber das von ihm in § 965 Abs. 1 BGB. gebrauchte Wort „unverzüglich“ in § 973 Abs. 1 BGB. weggelassen haben sollte. Es wird also als Voraussetzung des Eigentumserwerbes auch eine verspätete Anzeige angesehen werden müssen.

β) Ablauf eines Jahres nach der Anzeige.

Die Frist beginnt mit dem Tage der Anzeige, auch dann, wenn die Anzeige verspätet erfolgt ist.

γ) Nichtbekanntwerden eines Empfangsberechtigten oder Anmeldung des Rechtes bei der Polizeibehörde durch den Empfangsberechtigten.

Dem Finder darf innerhalb Jahresfrist nach erfolgter Anzeige ein Empfangsberechtigter nicht bekannt werden, d. h. es muß dem Finder der Nachweis des Rechtes innerhalb Jahresfrist vom Tage der erfolgten Anzeige an durch den Empfangsberechtigten erbracht sein; die bloße Behauptung eines Dritten dem Finder gegenüber, er sei empfangsberechtigt, schließt das Recht des Finders auf Erwerb des Eigentums nicht aus. Wird der Nachweis nicht erbracht, oder wird dem Finder ein Empfangsberechtigter erst nach Jahresfrist bekannt, so stehen diese Tatsachen dem durch den Fund erworbenen Eigentumsrecht des Finders nicht entgegen und bewirken keine nochmalige dingliche Rechtsänderung. Der Empfangsberechtigte, der nicht in der Lage ist, den Nachweis seines Rechtes zu führen, wahrt sein Recht auf Herausgabe des Fundes durch Anzeige an die Polizeibehörde. Die erfolgte Anzeige steht dem Rechte auf Erwerb des Eigentums durch den Finder, sofern sie nur innerhalb Jahresfrist erfolgt, entgegen. Auf Grund der erfolgten Anzeige kann nun der Empfangsberechtigte nicht ohne weiteres Herausgabe der Sache fordern. Dem Finder steht das Recht zu, wenn er Zweifel in die Rechte des Empfangsberechtigten setzt, die gefundene Sache auch dann zurückzubehalten, wenn der Empfangsberechtigte ihn wegen seiner Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz der Aufwendungen zu befriedigen bereit ist. Ueber das Recht des Empfangsberechtigten wird dann im Prozeßwege zu entscheiden sein.

b) Voraussetzungen des Rechtes auf Erwerb des Eigentums bei Sachen im Werte von 3 Mk. und weniger.

α) Ablauf einer einjährigen Frist vom Tage des Fundes. Die Frist läuft, da es einer Anmeldung des Fundes bei derartigen Sachen nicht bedarf, vom Tage des Fundes.

β) Nichtbekanntwerden des Empfangsberechtigten. § 973 Abs. 2 BGB. enthält zwar diese Voraussetzung nicht. Es ist jedoch bei Erläuterung des § 973 davon auszugehen, daß § 973 Abs. 1 die für den Eigentumserwerb erforderlichen Voraussetzungen, sowie dessen Wirkungen im allgemeinen enthält, und in § 973 Abs. 2 nur die Abweichungen aufgeführt sind. — Dagegen hat die Anmeldung bei der Polizeibehörde nicht die oben unter a, γ angeführte Wirkung. Der Empfangsberechtigte wird bei Sachen von weniger als 3 Mk. Wert dem Finder innerhalb Jahresfrist vom Tage des Fundes sein Recht nachzuweisen haben. Kann er innerhalb Jahresfrist den Nachweis nicht erbringen, so geht er seines Eigentumsrechtes verlustig.

γ) Nichtverheimlichen des Fundes auf vorherige Nachfrage. Der Finder erwirbt Eigentum an der gefundenen Sache nicht, wenn er auf Nach-

frage die Tatsache, daß er die Sache gefunden hat, in Abrede stellt. Zur Nachfrage ist jeder Empfangsberechtigte, sowie die Polizeibehörde berechtigt.

c) **Wirkungen des Eigentumserwerbes** Dadurch, daß der Finder an einer Sache Eigentum erwirbt, erlischt nicht nur das Recht des bisherigen Eigentümers, sondern auch jedes sonstige Recht an der Sache. Dem Finder stehen als Eigentümer gegenüber Ansprüchen Dritter alle Rechte des Eigentümers zu.

d) **Eigentumserwerb durch den Finder trotz des Vorhandenseins ihm bekannter Empfangsberechtigter** (§ 974 BGB.). Trotzdem, daß dem Finder Empfangsberechtigte bekannt sind, und diese sich bei gefundenen Sachen im Werte von mehr als 3 Mk. bei der Polizeibehörde gemeldet haben, erwirbt der Finder Eigentum, wenn die Empfangsberechtigten sich weigern, den Finder wegen seiner Ansprüche auf Finderlohn und Erstattung der Aufwendungen zu befriedigen.

1. Voraussetzungen des Eigentumserwerbes.

α) Dem Finder müssen die Empfangsberechtigten bekannt sein, oder diese müssen ihre Ansprüche bei Sachen, die mehr als 3 Mk. wert sind, rechtzeitig bei der Polizeibehörde angebracht haben. Das Bekanntwerden muß bei Sachen von 3 Mk. und weniger Wert innerhalb Jahresfrist vom Tage der Anzeige des Finders erfolgen. Erfolgt die Anmeldung der Ansprüche später, oder werden dem Finder die Empfangsberechtigten erst nach Ablauf eines Jahres bekannt, so tritt Eigentumserwerb nach § 973 BGB. ein. Das in § 974 BGB. geordnete Verfahren greift nicht Platz. In den Fällen, in denen dem Finder ein Empfangsberechtigter bekannt ist, bedarf es nach § 965 Abs. 2 auch bei Sachen, die mehr als 3 Mk. wert sind, nicht der Anzeige an die Polizeibehörde, und es genügt nach § 961 die unverzügliche Anzeige an den Empfangsberechtigten. Will jedoch in diesem Falle der Finder Eigentum nach § 974 BGB. erwerben, bezw. das dort geordnete Verfahren einschlagen, so muß er zur Anzeige bei der Polizeibehörde schreiten, da von dem Tage der Anzeige erst die einjährige Frist, welche zum Erwerb des Eigentums gefordert wird, läuft.

β) Aufforderung des Finders an die ihm bekannten Empfangsberechtigten, ihn wegen seiner Ansprüche auf Gewährung von Finderlohn und Ersatz der Aufwendungen zu befriedigen. Der Finder hat den Empfangsberechtigten eine angemessene Frist zu setzen, innerhalb welcher er sich darüber zu erklären hat, ob er die Ansprüche des Finders zu befriedigen gedenkt. Die Form der Aufforderung (mündlich, schriftlich usw.) ist dem Finder überlassen. Ihm liegt im Streitfalle ob, die Aufforderung zu beweisen. Ob die gesetzte Frist angemessen ist, wird im Streitfalle dem richterlichen Ermessen zu unterstellen sein. Unter allen Umständen wird die gestellte Frist erst nach Ablauf der vom Tage der Anzeige an die Polizeibehörde laufenden einjährigen Frist ihr Ende erreichen dürfen.

2. Bestreiten der Ansprüche.

Will einer der Empfangsberechtigten die Ansprüche des Finders bestreiten, so muß dies innerhalb der gesetzten Frist geschehen. Bestreiten der Ansprüche durch einen Empfangsberechtigten hat zur Folge, daß auch die übrigen Empfangsberechtigten nicht ihr Recht an der Sache verlieren. Dem Finder bleibt, wenn ein Empfangsberechtigter seine Ansprüche bestreitet und er auf sie nicht verzichten will, nur übrig, im Klagewege gegen den Empfangsberechtigten seine Rechte gerichtlich feststellen zu lassen. Sind die Ansprüche des Finders gerichtlich festgestellt, so hat er nach Rechtskraft des Urteils den Empfangsberechtigten nochmals eine angemessene Frist zu setzen, innerhalb deren er die Befriedigung seiner Ansprüche fordert.

3. Eigentumserwerb.

Erfolgt innerhalb der von dem Finder gesetzten angemessenen Frist eine Erklärung der Empfangsberechtigten nicht, so erwirbt der Finder, sei es, daß seine Ansprüche infolge Bestreitens des Empfangsberechtigten gerichtlich festgestellt worden sind, sei es, daß die Empfangsberechtigten sich überhaupt nicht auf die Aufforderung des Finders erklärt haben, Eigentum an der gefundenen Sache.

e) **Eigentumserwerb durch die Gemeinde des Fundortes.** Die Gemeinde erwirbt Eigentum an dem Funde

α) falls der Finder auf seinen Anspruch auf Erwerb des Eigentums verzichtet. Der Verzicht muß der Polizeibehörde gegenüber erklärt sein und setzt voraus, daß ein Recht des Finders noch besteht, d. h. daß dieser nicht bereits des Rechts verlustig gegangen ist, oder seine Ansprüche an Dritte rechtswirksam übertragen hat. Die Gemeinde ist ihrerseits berechtigt, an die ihr bekannten Empfangsberechtigten die Aufforderung wegen Befriedigung der ihr zustehenden Ansprüche (Erstattung der Aufwendungen) zu stellen. Die Gemeinde kann als Rechstnachfolgerin des Finders Eigentum auf Grund von § 973 und § 974 BGB. erwerben.

β) Falls bei Hinterlegung des Fundes oder des Erlöses der Finder, welcher bereits auf Grund von § 973 und § 974 Eigentum erworben hat, die Herausgabe der Sache oder des Erlöses nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist fordert.

Voraussetzungen sind in diesem Falle

1. daß der Finder bereits Eigentum an der gefundenen Sache oder dem Erlöse erworben hat und

2. daß der Finder die Herausgabe der gefundenen Sache nicht innerhalb einer ihm von der Polizeibehörde gesetzten Frist fordert.

Die Gemeinde erwirbt nach Ablauf der Frist Eigentum an der gefundenen Sache oder dem Er-

löse. Frühere, an der Sache bestandene Rechte waren bereits durch Erwerb des Eigentums durch den Finder erloschen. Dadurch, daß der Finder das Eigentum an der gefundenen Sache verliert, geht er auch seiner Ansprüche auf Gewährung von Finderlohn und Erstattung der Verwendungen verlustig; denn diese Ansprüche waren bereits bei Erwerb des Eigentums durch ihn erloschen und können nicht wieder aufleben.

IV. **Ausgleichungsberechtigung** (§ 977 BGB.).

In § 977 BGB. gibt der Gesetzgeber allen denen, die durch den Erwerb des Eigentumes durch den Finder oder die Gemeinde ein dingliches Recht verloren haben, einen persönlichen Ausgleichungsanspruch.

1. Zur Erhebung dieses Anspruches ist jeder berechtigt, der infolge des Erwerbes des Eigentumes durch den Finder (§§ 973, 974) oder die Gemeinde (§ 976) ein dingliches Recht erworben hat. Er steht also auch dem Eigentümer zu, der trotz der Aufforderung des Finders sich nicht über die Befriedigung der Ansprüche desselben innerhalb der gesetzten Frist erklärt hat. Den Ausgleichungsansprüchen gegenüber kann der Finder seine Ansprüche auf Gewährung von Finderlohn und Ersatz der Aufwendungen einredeweise geltend machen. Ein Ausgleichungsanspruch steht dem Finder, dessen Eigentumsrecht im Falle des § 976 Abs. 2 BGB. an die Gemeinde übergegangen ist, nicht zu. Der Ausgleichungsanspruch kann von dem Eigentümer, Nießbraucher oder Pfandgläubiger erhoben werden.

2. Den Ausgleichungsanspruch zu befriedigen ist der Finder oder die Gemeinde des Fundortes, falls sie Eigentum erworben hat, verpflichtet.

3. Die Geltendmachung des Anspruches richtet sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812, 818 BGB.). Der Anspruch ist innerhalb einer Frist von 3 Jahren nach dem Uebergang des Eigentums auf den Finder oder die Gemeinde gerichtlich (Klageerhebung, Einrede, Zustellung eines Zahlungsbefehles, Anmeldung im Konkurse) geltend zu machen. Nach Ablauf der Frist ist eine Geltendmachung des Ausgleichungsanspruches ausgeschlossen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Kauf bricht Jagdpacht. M. Pollwein vertritt in der Anfangs 1906 neu erschienenen Auflage der Bearbeitung des bayerischen Jagdgesetzes vom 30. März 1850 S. 34 die Ansicht, daß die Veräußerung eines verpachteten Eigenjagdbezirks durch den Grundeigentümer und Verpächter auf die Jagdausübungsbefugnis des Pächters keinen Einfluß ausüben kann und stellt mit der Bemerkung: „Es besteht kein zwingender Grund dafür, daß auf dem Gebiete des Jagdrechts die Geltung des § 571 BGB. zugunsten des Grundeigentümers ausgeschlossen sein soll, während ihm sonst im Jagdgesetze nur ausnahmsweise die Berechtigung zur Ausübung der Jagd zugestanden wird," den Satz auf „Kauf bricht nicht Jagdpacht". Eine nähere, auf die Vorschriften des maßgebenden bürgerlichen Rechtes aufbauende Begründung läßt indes Pollwein vermissen. In der Tat ergibt die Nachprüfung dieses Satzes, daß er nicht zutrifft, vielmehr das Gegenteil, nämlich „Kauf bricht Jagdpacht" als Endschluß aus den einschlägigen Stellen des BGB. hervorgeht. Der erste Fehler in der Bemühung, den § 571 BGB. auf die Jagdpacht anwenden zu wollen, würde darin liegen, von einem im § 571 ausgesprochenen Grundsatz des BGB., daß Kauf Miete nicht bricht, zu sprechen. Nicht ein Grundsatz, sondern eine reine lex specialis ist in dieser Gesetzesstelle enthalten. Der Entwurf des BGB. kannte die Vorschrift „Kauf bricht nicht Miete" keineswegs. Erst in der Kommissionsberatung fand sie Anhänger und, daß sie als Sonderbestimmung zu betrachten sei, kommt in den Protokollen Bd. II S. 137 zum deutlichen Ausdruck in den Worten: Der Satz „Kauf bricht Miete" sei w e n i g s t e n s in den Fällen aufzuheben, in welchen es sich um ein Grundstück handelt und die Räume überlassen sind. Entsprechend der Meinung der Beratungen ist auch § 571 BGB. als Sondernorm ausgebildet, indem er zu seiner Anwendung zwei spezielle Anforderungen stellt, nämlich: 1. daß ein Grundstück das Mietobjekt bildet, 2. daß dieses Mietobjekt dem Mieter zum Besitz bereits überlassen ist. Die Vorschriften über die Miete sollen nun nach § 581 BGB. auf die Pacht Anwendung finden, nicht aber „unmittelbare" Anwendung, wie etwa gemäß § 580 BGB. die Bestimmungen über Grundstücksmiete für Wohnungsmiete ausnahmslos zu gelten haben, sondern nur „entsprechende" Anwendung. Es bedarf also für jeden einzelnen Satz des Mietrechts einer besonderen Prüfung, wenn er auf einen Pachtvertrag angewendet werden will, und erst dann ist die Anwendung zulässig, wenn sich das Vorhandensein der gleichen rechtlichen und sachlichen Erfordernisse ergeben hat. Bei dem § 571 BGB. kann eine entsprechende Anwendung nicht Platz greifen, weil für den Jagdpachtvertrag keine der Voraussetzungen zur Geltung der Sondernorm „Kauf bricht nicht Miete" zu entdecken ist. Gegenstand der Jagdpacht ist zunächst nicht etwa ein „Grundstück", sondern ein „Recht", nämlich das Jagdrecht des einen Eigenjagdbezirk besitzenden Verpächters. Das Jagdrecht stellt zwar einen Bestandteil des Grundeigentums dar (§ 96 BGB. Art. 1 JagdG.), ein wesentlicher Bestandteil im Sinne der §§ 93, 94 ist es jedoch nicht. Lehrt doch schon die Geschichte des Jagdrechts, daß es sehr wohl auch getrennt vom Eigentum am Weidbezirk in seiner ganzen Wesenheit bestehen kann (Jagdregal, Gutsherrliche Jagdrechte auf fremdem Boden). Eine den Grundstücken gleiche Behandlung hat das Jagdrecht in den geltenden Gesetzen nicht erfahren. Es fehlt also bei der Jagdpacht in erster Linie der dem Grundstücke entsprechende Gegenstand, indem als Vertragsobjekt nicht ein Immobile, sondern ein den Vorschriften über Liegenschaften nicht unterworfenes Recht sich ergibt. In zweiter Linie kann der Jagdpächter nie das Erfordernis der Besitznahme des Vertragsgegenstandes erfüllen. Einen Besitz an Rechten kennt das BGB. überhaupt nicht (Motive Bd. III S. 119, 477, 489, Protokolle S. 391 ff.): der in §§ 1029, 1090 gewährte Besitzschutz für eingetragene Grunddienstbarkeiten

stellt eine singuläre Ausnahme dar. Das Grundstück selbst aber erhält der Jagdpächter nicht zum Besitz, sein Wille richtet sich auch nicht auf einen solchen Besitz. Seine Rechte erschöpfen sich darin, daß er den Jagdbezirk zu weidmännischen Zwecken betreten darf und daselbst alle jagdmäßigen und vertragsmäßigen Handlungen insbesondere die weidgerechte Okkupation des Wildes vornehmen kann. Die wirtschaftlichen Rücksichten, welche bei Schaffung des § 571 BGB. eine Rolle spielten und darin gipfelten, daß ein überwiegender Teil der Bevölkerung in Miete wohne und daß gerade der Mieter als der in der Regel wirtschaftlich schwächere Kontrahent in einem für sein Bestehen wichtigen Verhältnisse geschützt werden müsse, lassen sich bei der Jagdpacht nicht verwerten. Letztere erfolgt meist nur durch gut situierte Personen oder kleinere Gesellschaften jagdlustiger Leute nicht zu einem wirtschaftlich wichtigen Zwecke, sondern um des Vergnügens willen. Dabei bilden pekuniäre Opfer der Pächter sogar die Regel. Wie hier die Anwendung des § 571 BGB. auf die Jagdpacht verneint wird, so hat auch das Reichsgericht Entsch. Bd. 51 S. 279 erklärt, daß § 566 BGB., nämlich die Bestimmung, daß ein für längere Zeit als ein Jahr geschlossener Vertrag der Schriftform bedarf, für die Jagdpacht nicht gelten kann. (Anders KG.Entsch. v. 28. Oktober 1901 OLG. Bd. 4 S. 44 ff.) Das Reichsgericht erachtet bereits den einen Gesichtspunkt, daß die Jagdpacht nicht ein Grundstück, sondern ein Recht zum Gegenstand habe, zur Begründung hinreichend. In der Rechtsprechung findet der Gedanke, daß der Jagdpächter keinen Schutz seines Pachtrechts gegen Grundbesitzveränderung hat, gleichfalls Ausdruck. Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 52 S. 156 für preußisches Recht) und das bayerische Oberste Landesgericht (neue Folge Entsch. Bd. 1 S. 627 für rechtsrheinisches bayer. Recht) lassen bei einer Gemeindejagdverpachtung für den Fall der Erweiterung eines einem Gemeindemitglied gehörigen, mitverpachteten Grundstücks zu einem Eigenjagdbezirk das Jagdrecht des Pächters gegenüber der neu entstandenen Eigenjagdbefugnis des Grundbesitzers zurücktreten. Die Jagdpachtverträge der Gemeinde werden also hinsichtlich der vereinigten Grundstücke insofern rechtsunwirksam, als der Erwerber des mit der Vereinigung entstandenen Jagdkomplexes die Jagd selbst ausüben und dadurch auf seinem Grund und Boden dem Gemeindejagdpächter die Jagdbefugnis entziehen kann. Das Landgericht München II hat in einem jüngsten Urteil (v. H. gegen M. Pr. R. Nr. A 84/06) den Satz „Kauf bricht Jagdpacht“ anerkannt. Es stützt sich ähnlich wie das Reichsgericht in Bd. 51 S. 279 bei seinem Urteil darauf, daß infolge der Verschiedenheit des Vertragsgegenstandes § 571 BGB. auf die Jagdpacht nicht entsprechend anwendbar sei. Die Entscheidung sprach dem neuen Grundeigentümer, welcher im Dezember 1905 einen im Jahre 1904 vom Vorbesitzer auf 6 Jahre zur Jagd an M. verpachteten Hof durch Kauf erworben hatte, gegen den Pächter M. die Jagdbefugnis auf dem Anwesen zu[1]).

Rechtsanwalt Dr. Alfred Bloch in München.

Gebühren in Grundbuchsachen. Nach Art. 127 Ziff. 1 des bayer. GebG. werden Gebühren nicht erhoben für die Benachrichtigung des Antragstellers und des eingetragenen Eigentümers, sowie aller aus dem Grundbuche ersichtlichen Personen, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist oder deren Recht durch sie betroffen wird, von der erfolgten Eintragung in das Grundbuch. Nach § 55 GBO. in der Fassung des Reichsgesetzes vom 14. Juli 1905 ist aber die Eintragung eines Eigentümers auch denjenigen, für welche eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Rechte im Grundbuch eingetragen ist, mitzuteilen. Eine Bestimmung über die gebührenrechtliche Behandlung dieser Mitteilungen enthält das bayer. Gebührengesetz naturgemäß nicht; aber auch in dem vorliegenden Entwurfe eines Gesetzes betr. Abänderungen des Gebührengesetzes ist eine diesbezügliche Bestimmung nicht aufgenommen. Es dürfte sich daher empfehlen, der Aenderung der Grundbuchordnung auch bei Abänderung des Gebührengesetzes Rechnung zu tragen und demgemäß dem Art. 127 Ziff. 1 des GebG. eine der nunmehrigen Fassung des § 55 GBO. entsprechende neue Fassung zu geben.

Amtsrichter Spaett in Traunstein.

Steht dem abtretenden Gläubiger, welcher „für Güte und Einbringlichkeit“ haftet, wenn für die abgetretene Forderung Bürgschaft geleistet ist, gegenüber der Klage des neuen Gläubigers die Einrede der Vorausklage des Bürgen zu? Weder die Entstehungsgrundlagen noch die Kommentare und bisherigen Entscheidungen zum BGB. enthalten eine vollständig zweifelsfreie Beantwortung dieser Frage. Die Motive zu § 298 ff. BGB. erwähnen lediglich, daß die rechtliche Natur der Haftungsverpflichtung des abtretenden Gläubigers eine verschiedene sein kann. Mehr ist auch aus den für das Gebiet des preußischen Landrechtes ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. 4 S. 274, Bd. 35 S. 163, Bd. 37 S. 288 nicht zu entnehmen. Das BGB. enthält hierfür nur die Bestimmungen der §§ 437, 438, welche auf die Forderungsabtretung im allgemeinen entsprechend Anwendung finden. Die Haftung nach § 437 BGB. bezieht sich nur auf den Bestand der Forderung in der Person des Schuldners, nicht auch auf den Bestand etwaiger Sicherungsmittel der abgetretenen Forderung, zu welchen auch die Bürgschaft zu zählen ist. § 438 BGB. enthält lediglich die Bestimmung einer gesetzlichen Vermutung für den Zeitpunkt der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, welcher für die Haftung des abtretenden Gläubigers maßgebend sein soll. Die Bestimmung unterliegt der vertragsmäßigen Abänderung. Durch die Uebernahme der Haftung „für Güte und Einbringlichkeit“ tritt eine solche Abänderung des § 438 BGB. insoferne ein, als damit für die Haftung des abtretenden Gläubigers der Zeitpunkt der Zahlungsfähigkeit des Schuldners auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung hinaus erstreckt wird. Die rechtliche Natur dieser so erweiterten Haftungsübernahme kann die der Bürgschaft des abtretenden Gläubigers sein; dann würde dem obigen Einwande des letzteren § 769 BGB. entgegenstehen. In der Regel stellt sich aber die Haftungsübernahme des abtretenden Gläubigers als eigene, nicht kumulative, Schuldverbindlichkeit des Gläubigers dar, dahingehend, die Forderung an den neuen Gläubiger selbst zu bezahlen, wenn deren Zahlung durch den Schuldner nicht erfolgt. Ist nun letztere Voraussetzung auch dann schon eingetreten, wenn zwar der Schuldner nicht bezahlt hat, der neue Gläubiger aber

[1]) Vgl. auch „Recht“ 5. Jahrg. S. 229.

den Bürgen noch nicht in Anspruch genommen hat? Die Frage wird wohl zu bejahen sein. Die Abtretung der Forderung begründet für den neuen Gläubiger auch das Recht, von dem Bürgen der abgetretenen Forderung Zahlung zu verlangen (§ 401 BGB.), nicht aber eine Rechtspflicht hierzu. Die Uebernahme der Haftung „für Güte und Einbringlichkeit" enthält das Garantieversprechen, daß bei Fälligkeit der Forderung Zahlung erfolgt, und zwar durch den Schuldner. Der neue Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Schuldner zuerst auszuklagen und gegen ihn zu vollstrecken. Dem abtretenden Gläubiger steht ein der Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB.) entsprechender Rechtsbehelf nicht zu. Hieraus ergibt sich schon, daß der abtretende Gläubiger auch nicht die Ausklagung des Bürgen vor seiner Inanspruchnahme vom neuen Gläubiger verlangen kann. Für die Geltendmachung des Haftungsanspruchs gegen den abtretenden Gläubiger bedarf der neue Gläubiger nur des Nachweises, daß der Schuldner, und im Falle des § 773 BGB. auch der Bürge, bei Fälligkeit der Forderung, event. auf Mahnung, nicht gezahlt hat. Die Forderung, welche bei Fälligkeit nicht freiwillig vom Schuldner bezahlt wird, ist weder gut, noch einbringlich. Einbringlichkeit der Forderung ist gleichbedeutend mit Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Schuldners, Güte der Forderung erfordert freiwilligen Eingang der Forderung, nicht bloß die Möglichkeit, durch Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel gegen den Schuldner oder durch Inanspruchnahme Dritter, wie des Bürgen, Zahlung erlangen zu können.

Landgerichtsrat Vogel in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu § 177 FGG. Der Vorschrift des Abs. 1 wird genügt, wenn das Protokoll mit den Worten schließt: „Hierauf ist dieses Protokoll den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und mit — (folgen die Namen der Beteiligten) — unterschrieben worden."[1] Die bei der Auslegung des § 177 Abs. 1 FGG. in der Wissenschaft und Rechtsprechung entstandenen Meinungsverschiedenheiten haben darin ihren Grund, daß die Vorschriften über die gerichtliche Beurkundung von Rechtsgeschäften (§§ 168 ff. a. a. O.) eine mit voller Schärfe durchgeführte Scheidung der urkundlichen Feststellungen, die den „bei der Beurkundung mitwirkenden Personen" obliegen, von den zu beurkundenden Handlungen der beteiligten Personen nicht enthalten. Durch das in § 177 Abs. 1 Satz 1 FGG. aufgestellte Erfordernis, daß das vorzulesende Protokoll von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden muß, wird das Zustandekommen der öffentlichen Beurkundung von einem Zusammenwirken der „mitwirkenden Personen" und der „Beteiligten" usw. nicht nur bei der Abfassung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen (§ 176 Abs. 1 Nr. 3) sondern ebenso bei der Feststellung äußerer Umstände und Vorgänge des Beurkundungsverfahrens, mithin mit Bezug auf solche Tatsachen abhängig gemacht, deren Beurkundung dem Wesen der Sache nach dem Urkundsbeamten und den etwa mitwirkenden „Urkundspersonen" (§ 198 Abs. 1) obliegt. Das gilt sowohl von der Angabe des Ortes und des Tages der Verhandlung (§ 176 Abs. 1 Nr. 1, vgl. Entsch. d. RG. Bd. 50, 215) als auch von der Bezeichnung der Beteiligten selbst und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen (§ 176 Abs. 1 Nr. 2, vgl. Entsch. d. RG. Bd. 50, 16, insbes. S. 20); es tritt aber in seiner praktischen Bedeutsamkeit ganz besonders bei den Feststellungen hervor, die von dem Urkundsbeamten zu der Frage getroffen werden, ob die Beteiligten die nämlichen sind, für die sie sich ausgeben (§ 176 Abs. 3), da auch insoweit die Beteiligten nicht nur durch Vorlesung von dem Protokolle Kenntnis zu erhalten, sondern wörtlich genommen, das Protokoll zu genehmigen haben. Das Gesetz nötigt jedoch durch seine Fassung nicht dazu, die Anforderung einer Bestätigung amtlicher Feststellungen durch die Beteiligten weiter auszudehnen, als das nach dem Zusammenhange der §§ 176 und 177 unabweisbar ist. Wenn nun in § 177 neben dem Verhandlungsakte der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls und dem Beurkundungsakte der Unterzeichnung durch die Beteiligten ein urkundliches Zeugnis über diesen dreiteiligen Vorgang, also einen weiteren Beurkundungsakt vorschreibt, so ist das gleichfalls dem Wesen nach eine amtliche, und zwar vorzugsweise eine das Verhalten der Beteiligten mit öffentlichem Glauben bestätigende Feststellung. Daß sie aber nach der Absicht des Gesetzes im umgekehrten Verhältnis wiederum ihrerseits einer Bestätigung durch die Privatbeteiligten bedürfe und diese Bestätigung denselben Formerfordernissen der Verhandlung und Beurkundung unterliegen sollte, ist schon aus dem Grunde nicht annehmbar, weil ein Abschluß der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sich streng genommen alsdann überhaupt nicht erreichen ließe. (RG. IV. ZS. 15. Febr. 1906.)

453 ——y——

II.

Zu § 837 BGB. Dem Kläger begegnete dadurch ein Unfall, daß sich, als er innerhalb der Gebäude einer Kaserne zu D. durch eine Toröffnung schritt, ein Stück des Kalkverputzes löste und auf ihn fiel. Die Kaserne war von der Garnisonverwaltung zum Abbruch an die Beklagte verkauft; mit dem Abbruch war schon begonnen. Der den Beklagten für die Folgen des Unfalls haftbar machenden Klage wurde in den Vorinstanzen stattgegeben. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Eine Anwendung des § 837 BGB. hält die Revision für ausgeschlossen, da die Haftung nach ihm nur denjenigen treffe, der auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechts am Grundstück ein Gebäude oder sonstiges Werk besitze. Eine solche Beschränkung enthält indes § 837 nicht, vielmehr fordert er nur, daß der Besitz überhaupt auf Grund eines Rechts stattfinde. Es kommt auf den Zweck des Besitzes — ob er zum dauernden Gebrauch oder doch jedenfalls zum Gebrauch ausgeübt wird — nicht an, sondern es haftet jeder, der auf fremden Grund ein Gebäude oder anderes Werk in Ausübung eines, gleichviel welchen, Rechts besitzt. Ein solches Recht stand der Beklagten an der Kaserne zu. Diese war ihr übergeben und die Besitzergreifung hatte stattgefunden. Danach war das Verhältnis eingetreten, das zu der Ausnahmevorschrift des § 837 BGB. geführt hat, nämlich ein tatsächlicher Zustand, der es mit sich brachte, daß der Grundstücksbesitzer — die Garnisonverwaltung — nicht mehr in der Lage war, die Verpflichtung zur Instandhaltung des Bauwerks zu erfüllen, während Beklagte, und zwar diese allein hierfür Sorge tragen konnte. (Urt. d. IV. ZS. v. 22. Januar 1906.)

452 ———n

[1] Wir haben schon in Nr. 7 S. 141 eine kurze Notiz über die bemerkenswerte Entscheidung gebracht.

III.

Aussetzung eines Rechtsstreits auf Herausgabe eines Kindes bis zur Entscheidung über eine Maßregel nach § 1666 BGB. Kläger klagt gegen die Beklagte auf Herausgabe seines minderjährigen Sohnes. Das OLG. hat die Klage abgewiesen, weil dem Kläger durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Sorge für die Person des Kindes einstweilen entzogen sei. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Das Klagerecht des Vaters ist aufgehoben, solange dem Vater die Sorge für die Person des Kindes auch nur einstweilen entzogen ist. Dies war bei Erlassung des Berufungsurteils der Fall. Denn das Vormundschaftsgericht hatte durch einen nach § 1666 BGB. erlassenen Beschluß angeordnet, daß dem Kläger die Sorge für die Person seines Sohnes einstweilen entzogen werde bis zur Entscheidung über den Antrag der Beklagten, ihm die väterliche Gewalt zu entziehen. Dieser Beschluß war vom LG. aufgehoben worden, allein das OLG. hatte unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses die Sache zurückverwiesen. Damit war die durch die landgerichtliche Entscheidung unterbrochene Wirksamkeit (§ 16 Abs. 1 FGG.) der amtsgerichtlichen Verfügung wiederhergestellt. Es fehlte sonach an einer wesentlichen Voraussetzung für das Verlangen des Klägers. Die Revision rügt jedoch mit Recht Verletzung des § 148 ZPO., weil der Berufungsrichter die Aussetzung des Rechtsstreites für unzulässig erachtet. Das LG., dem der Berufungsrichter zustimmt, hatte ausgeführt, die Entscheidung hänge nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen eines vom Vormundschaftsgericht festzustellenden Rechtsverhältnisses ab. Das Rechtsverhältnis sei zweifellos, es bestehe nur die Möglichkeit, daß es vom Vormundschaftsgericht geändert werde. Diese Begründung traf zu, weil die Beklagte nur geltend machte, sie habe gegen den Vater ein Verfahren wegen Entziehung der Sorge für die Erziehung des Kindes veranlaßt. Wesentlich anders stand die Frage, nachdem es der Beklagten inzwischen gelungen war, das Fürsorgerecht des Vaters durch eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts zu beseitigen, die sich selbst als eine einstweilige, nur bis zur endgültigen Entscheidung wirksame bezeichnet. Die Frage, ob dem Vater das Fürsorgerecht entzogen bleibe oder nicht, war Vorfrage für die Entscheidung des Rechtsstreits. Die Erfordernisse des § 148 ZPO. waren somit vorhanden. Der Berufungsrichter hat die Aussetzung von Amts wegen erwogen und aus irrigen Gründen sich nicht für berechtigt erachtet, sie anzuordnen. Hierauf beruht seine Entscheidung (Urt. des IV. ZS. vom 22. Januar 1906). — — — n.

440a

IV.

Zu §§ 826 BGB., 80 ZwVG. 1. Trotz des § 80 ZwVG. kann auf Schadensersatz deswegen geklagt werden, weil der Ersteher in Wirklichkeit ein höheres Gebot als das protokollierte Meistgebot gelegt habe. 2. Der Tatbestand des § 826 BGB. kann auch durch Unterlassung erfüllt werden.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht hält die Klage für zulässig, obwohl durch das Versteigerungsprotokoll und den Zuschlagsbeschluß festgestellt sei, daß die Beklagten ein Gebot von 55000 Mk. nicht abgegeben hätten, weil diese Feststellung nur für die Entscheidung über den Zuschlag zu berücksichtigen sei, dadurch aber für andere Zwecke der Nachweis von Terminsvorgängen in anderer Weise als durch das Versteigerungsprotokoll nicht ausgeschlossen werde. Es erachtet ein Gebot der Beklagten zu 55000 Mk. als schon so wahrscheinlich gemacht, daß es der Klägerin den Eid darüber auflegt und führt ferner aus: Nicht nur durch positives Handeln, sondern auch durch Unterlassen könne gegen die guten Sitten verstoßen werden. Den Beklagten sei bekannt gewesen, daß die Klägerin ihre Forderung ausbieten würde und daß dazu ein Gebot von 55000 Mk. erforderlich sei. Wenn sie nun ein Gebot von 55000 Mk. abgegeben und es — nach einer einstündigen Versteigerungsaussetzung — in Abwesenheit der Klägerin, die angenommen habe, es sei dieses Gebot protokolliert, hätten geschehen lassen, daß statt dessen ein solches von 45000 Mk. im Protokolle verbleibe, so hätten sie unter Hintansetzung der auf das Interesse der Klägerin zu nehmenden Rücksicht sich einen Vorteil verschafft und damit die Grenze überschritten, die gute Sitten der Wahrnehmung eigener Interessen setzten. Dadurch, daß die Klägerin die Beendigung des Versteigerungstermins nicht abgewartet, sondern sich entfernt hatte, habe sie bei Entstehung des Schadens nicht durch eigenes Verschulden mitgewirkt, denn sie habe das Gebot zu 55000 Mk. gehört und sich auf dessen Gültigkeit und die Rechtschaffenheit der Beklagten verlassen können. — Der Revision ist der Erfolg zu versagen. Die Angriffe der Beklagten, die aus dem ZwVG. hergeleitet sind, haben keine Bedeutung, weil der Klaganspruch ausschließlich nach der Bestimmung des § 826 BGB. vom Berufungsrichter für begründet erachtet ist. Gegen § 826 hat das OLG. nicht gefehlt, insbesondere das Maß der guten Sitten nach der Anschauungsweise eines gewöhnlichen Durchschnittsmenschen, nicht nach der eines besonders gebildeten, vornehm denkenden Menschen genommen. Vgl. RGZ. 55. 272. 58. 217. (Urt. V 220/05 vom 13. Januar 1906.)

419 — — r.

V.

Umfang der Haftung einer Sicherheit, die zwecks Erwirkung vorläufiger Einstellung der Zwangsvollstreckung (nach §§ 771 Abs. 3, 769 ZPO.) geleistet wurde. Klägerin hatte bei dem Spediteur A. 5 Pferde gepfändet. Der jetzige Beklagte erhob Widerspruchsklage und erwirkte die Einstellung der Vollstreckung gegen Hinterlegung von 1900 Mk. Die Widerspruchsklage wurde abgewiesen. Inzwischen waren zwei Pferde eingegangen. Die Klägerin will sich wegen ihres Ausfalls an den hinterlegten Betrag halten und beantragte, den Beklagten zu verurteilen, daß er in die Auszahlung eines entsprechenden Betrags der Sicherheit willige. Das Oberlandesgericht hielt die Klage für begründet, ohne Rücksicht darauf, ob den Beklagten ein Verschulden treffe, weil die vom Beklagten bestellte Sicherheit neben den gepfändeten Pferden habe haften sollen, um der Klägerin einen Ersatz für den Fall zu bieten, daß eines der Pfandstücke während des Verfahrens über die Widerspruchsklage untergehen oder an Wert verlieren sollte. Der Beklagte habe, als er die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkte, von einem außerordentlichen Rechtsbehelfe Gebrauch gemacht und müsse deshalb für die Folgen einstehen, wie derjenige, der eine einstweilige Verfügung oder einen Arrest erwirke oder die Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils betreibe, gemäß §§ 945, 717 Abs. 2 ZPO. schlechthin zum Ersatze des Schadens verpflichtet sei. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Zivilprozeßordnung in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 erklärt in den Fällen der §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 den Gläubiger ohne Rücksicht auf Verschulden für haftbar, weil es für billig erachtet wurde, daß der Gläubiger, wenn er von einer Befugnis außerhalb des gewöhnlichen Gangs des Verfahrens Gebrauch macht, die Gefahr zu tragen habe. Hierbei ist die Anschauung befolgt, daß jeder von seinen Rechten nur soweit Gebrauch machen darf, als es ohne den Schaden anderer geschieht; aber die Anschauung hat Geltung nur soweit, als sie im positiven

Rechte zum Ausdrucke gelangt ist. Die erwähnten Vorschriften enthalten freilich einen materiellrechtlichen Satz, aber einen Rechtssatz, der analog anzuwenden wäre, stellen sie nicht auf. Die Zivilprozeßordnung enthält für eine Reihe verwandter Fälle Bestimmungen, die jenen Grundsatz nicht zur Geltung bringen (§§ 541 Abs. 2, 707, 719, 769, 771). § 771 ist hier maßgebend. In allen diesen Fällen ist nicht gesagt, daß derjenige, der von dem gebotenen Rechtsbehelfe Gebrauch macht, auf seine Gefahr handelt. Die Frage, ob Beklagter für den Schaden zu haften hat, muß deshalb aus anderen Bestimmungen entnommen werden. Solche finden sich in der Zivilprozeßordnung nicht. Ebensowenig ist eine Entscheidung daraus zu entnehmen, daß Beklagter Sicherheit geleistet hat. Wird eine Sicherheit geleistet, damit sie dem Gläubiger als Pfand diene, oder an Stelle eines schon erlangten Pfandes trete, so haftet sie dem Gläubiger ohne Rücksicht auf ein Verschulden dessen, der die Sicherheit bestellt. Anders verhält es sich, wenn die Sicherheit geleistet wird, um dem Gläubiger für den Fall, daß er gegen denjenigen Ansprüche erhalten sollte, der die Sicherheit bestellt, Mittel zur Befriedigung zu bieten. Das trifft hier zu. Die für Klägerin gegen Spediteur A. vollzogenen Sicherungsmaßregeln sind nicht aufgehoben; die Klägerin hat ihr Pfandrecht behalten. Nach § 771 Abs. 3, 769 ZPO. ist eine Einstellung der Vollstreckung auch ohne Sicherheitsleistung zulässig und daraus folgt, daß die Sicherheit hier nicht Ansprüche schaffen, sondern nur dazu dienen soll, die Befriedigung der etwa aus der Einmischung des Dritten für den Gläubiger entstehenden Ansprüche zu gewährleisten. Ob solche entstehen, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen. Hiernach kann die Einmischung eines Dritten in eine Vollstreckung eine Schadensersatzpflicht nur nach sich ziehen, wenn sie eine unerlaubte Handlung ist. Aus der Abweisung der Widerspruchsklage allein folgt dies nicht, vielmehr kommt in Frage, ob die Erhebung der Klage mindestens auf Fahrlässigkeit zurückgeführt werden muß (§ 276 BGB). (Urt. des IV. ZS. v. 4. Januar 1906.)

443 ————n.

B. Strafsachen.

Zum Begriffe „Feilhalten". Der Angeklagte, ein Kaufmann, führt in seinem Laden denaturierten Spiritus, den er im Keller lagert. Zur sofortigen Abgabe an das Publikum steht im Laden ein einige Liter haltendes Gefäß, das erforderlichenfalls im Keller aus dem zum Abfüllen eingerichteten Fasse gefüllt wird. Bei einer Revision des Geschäfts durch den Steueraufseher wurde ein etwa 5 Tage vorher angekommenes noch auf dem Hofe lagerndes Faß gefunden, welches denaturierten Spiritus von weniger als 80% Alkohol enthielt. Der Angeklagte wurde von der Anklage einer Zuwiderhandlung gegen Art. 43 e des Branntweinsteuergesetzes vom 24. Juni 1887 / 17. Juni 1895 mit § 15 der Branntweinsteuer-Befreiungsordnung freigesprochen. Die Revision der Steuerbehörde wurde verworfen (Zuständigkeit des Reichsgerichts gemäß § 136 Abs. 2 GVG.).

Aus den Gründen: Die Annahme, daß ein Feilhalten im Sinne des § 15 der Branntweinsteuer-Befreiungsordnung nicht vorliege, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Unter Feilhalten ist zu verstehen die Absicht des Verkaufs verbunden mit einem äußerlich erkennbaren Zugänglichmachen zum Ankauf für das Publikum. Der bloße Besitz einer Ware, auch wenn der Besitzer die Absicht hat, sie zu verkaufen, bedeutet noch kein Feilhalten. Der Senat hat bereits in dem Urteil Entsch. Bd. 35 S. 169 ausgesprochen, daß Wein im Keller damit noch nicht feilgehalten werde, daß er vom Besitzer dort zum Verkaufe bereitgehalten wird; es muß noch die Bereitstellung an das gesamte oder ein begrenztes Publikum hinzukommen, sei es durch Zugänglichmachen des Kellers als Verkaufslokal, sei es durch Versendung von Proben oder Preisverzeichnissen oder dergleichen. Der Revision ist zuzugeben, daß ein Unterschied besteht zwischen dem Ankauf von Nahrungs- und Genußmitteln, insbes. von Wein und dem von denaturiertem Spiritus, insofern als letzterer ohne vorherige Besichtigung oder Probe gekauft zu werden pflegt, während z. B. Wein meist erst nach Probe ausgewählt wird. Auch das ist bereits ausgesprochen (Entsch. 35, 169), daß der Kaufliebhaber nicht die Ware unmittelbar an dem Platze kaufen muß, wo sie lagert, wenn ein Feilhalten angenommen werden soll. Aber die konkrete Ware muß doch dem Publikum zum Verkaufe irgendwie dargeboten sein. Wenn auch der Angeklagte mit denaturiertem Spiritus handelt, so ist daraus allein noch nicht zu folgern, daß nun aller solcher Spiritus, der sich auf seinem Grundstück befindet, bereits dem Publikum zum Ankauf zugängig gemacht wäre. Wenn nun die Strafkammer mit Rücksicht auf die Art und Weise, wie der Angeklagte zum Verkaufe bestimmten Spiritus aufzubewahren und wie er den Vorrat zu ergänzen pflegt, anderseits mit Rücksicht auf den Umstand, daß das Faß erst vor einigen Tagen angekommen und weder geöffnet noch untersucht war, angenommen hat, daß dieses Faß noch nicht dem Publikum zugänglich gemacht war und der darin enthaltene Spiritus noch nicht feilgehalten wurde, so ist dies nicht rechtsirrtümlich. (Urt. d. I. RS. v. 25. Januar 1906, 1 D 1599/05.) B.

427

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Zu § 22 Abs. 2 GBO. Die Gütlerseheleute J. und A. R. in Oe, schlossen am 25. September 1905 vor dem Notariate M. einen Ehevertrag, in dem sie die Verwaltung und Nutznießung durch allgemeine Gütergemeinschaft ersetzten. Im Anschluß hieran enthält die Urkunde folgende Sätze: „Ich, J. R., bewillige, daß meine Frau A. R. als Miteigentümerin in der allgemeinen Gütergemeinschaft an meinem in der Steuergemeinde N. gelegenen Anwesen Hs.-Nr. 25 in Oe. in das Grundbuch eingetragen werde. Wir verzichten auf Benachrichtigung". Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung des Miteigentums der A. R. ab, weil eine Erklärung der A. R., daß sie ihrer Eintragung als Miteigentümerin zustimme, fehle. Die Beschwerde des J. R. wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Unter dem Eigentümer, dessen Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs in § 22 Abs. 2 GBO. gefordert wird, ist nicht der als Eigentümer Eingetragene, dessen Eintragung unrichtig ist, sondern der nicht eingetragene Eigentümer zu verstehen, durch dessen Eintragung das Grundbuch berichtigt werden soll. Bei der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines anderen Eigentümers ist der Nachweis erforderlich, daß nicht bloß der Eingetragene zurücktritt, sondern auch der Einzutragende damit einverstanden ist, Träger des Eigentums zu sein.

Der Mann ist auch nicht etwa als Verwalter des Gesamtgutes befugt, die nach § 22 Abs. 2 GBO. erforderliche Zustimmung der Frau zu erklären. Das bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nach § 1443 BGB. dem Mann zustehende Recht, das Gesamtgut zu verwalten, enthält ebensowenig wie das ihm bei Verwaltung und Nutznießung nach § 1374 zustehende Recht zur Verwaltung des eingebrachten Gutes die Befugnis zur Vertretung der Frau (Planck, Komm. z. BGB. 3 Aufl. Bd. 4 Anm. 4 zum § 1443 S. 250, 251);

soweit es zu einer Verwaltungshandlung der Zustimmung der Frau bedarf, kann diese nur von der Frau selbst (oder gegebenen Falles von ihrem gesetzlichen Vertreter) erklärt werden. Der Versuch der Beschwerdeschrift, über das Erfordernis des Nachweises der Zustimmung der Frau mit der Behauptung hinwegzukommen, die Anregung zu der Berichtigung des Grundbuchs sei von der Frau ausgegangen, ist verfehlt. Die Frau konnte ihre Zustimmung auch dadurch erteilen, daß sie vom Manne die Bewilligung der Eintragung verlangte, aber das Grundbuchamt darf nach § 29 GBO. auch in diesem Falle ihre Zustimmung nur berücksichtigen, wenn sie durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Es kommt also nur darauf an, ob die Urkunde vom 25. September 1905 den Nachweis der Zustimmung der Frau enthält. Die Frage ist zu bejahen.

Die Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft hatte nach § 1438 Abs. 1, 2 BGB. die Folge, daß das Anwesen gemeinschaftliches Vermögen wurde. Dadurch wurde die Eintragung des Mannes als alleinigen Eigentümers unrichtig und nach § 1438 Abs. 3 BGB. waren die Gatten verpflichtet, zur Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken. Um diese Angelegenheit zu ordnen, erklärte der Mann in Gegenwart der Frau vor dem Notariate die Bewilligung zur Eintragung der Frau als Miteigentümerin und daraufhin verzichteten beide auf Benachrichtigung. Wie der Mann, erwartete auch die Frau die alsbaldige Bewirkung der Eintragung. Unter diesen Umständen ist ein Zweifel darüber nicht möglich, daß die Frau mit der Eintragung ihres Miteigentums einverstanden war. (Beschl. des I. ZS. vom 26. Januar 1906).

439 — — n.

II.

Zu § 28 GBO. Durch notariellen Uebergabsvertrag vom 8. April 1904 hat K. B. das Haus Nr. 89 in H. den Eheleuten H. übergeben; die Erwerber haben es mit einer Hypothek für Forderungen des Uebergebers und einem Leibgedinge belastet und sich ihm gegenüber verpflichtet, dem Bauer F. B. in A., einem Bruder des Uebergebers, von dem einen Bestandteil des Anwesens bildenden Grundstücke Plan-Nr. 1376 der StG. H. „eine bereits abgesteckte, den Vertragschließenden bekannte, geometrisch zu vermessende Fläche von ungefähr 50 Dezimalen" unentgeltlich abzutreten. Im Anschlusse hieran erklärte K. B., daß er diese Fläche jetzt schon aus dem Pfandverbande entlasse und die lastenfreie Abschreibung im Hypothekenbuche bewillige. Die Hypothek und das Leibgedinge wurden am 29. April 1904 in das Hypothekenbuch eingetragen. Dieses gilt seit 1. Mai 1905 als Grundbuch. Durch notariellen Vertrag vom 8. Juni 1905 überließen die Eheleute H. das von dem Grundstücke Plan-Nr. 1376 nach Auszug aus dem Messungsverzeichnisse der Messungsbehörde Miesbach Nr. 17/05 weggemessene Grundstück Plan-Nr. 1376 ½ zu 0,168 ha, dessen Wert auf 100 Mk. veranschlagt wurde, unentgeltlich dem F. B. Die Urkunde enthält die Auflassungserklärungen und den Antrag, den neuen Eigentümer einzutragen. Die Urkunden vom 8. April 1904 und vom 8. Juni 1905 wurden vom Notariate M. am 25. Oktober 1905 dem Grundbuchamte M. vorgelegt. Dieses wies den Antrag des K. B. auf Eintragung des im Uebergabsvertrage vom 8. April 1904 von ihm erklärten Verzichts auf die ihm bestellten Rechte an dem an F. B. veräußerten Grundstücke zurück, weil in der Eintragungsbewilligung das freigegebene Grundstück nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt bezeichnet sei. Die Beschwerde und die weitere Beschwerde wurden verworfen.

Aus den Gründen: Die Erklärung vom 8. April 1904 leistet der Vorschrift des § 28 Satz 1 GBO. nicht Genüge. Nach dieser hat das Grundbuchamt nicht jede Bezeichnung des Grundstücks gelten zu lassen, die mit Sicherheit festzustellen gestattet, welches Grundstück gemeint ist, sondern das Grundstück ist in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Auf eine anderweitige Feststellung des Grundstücks, an dem sich die einzutragende Rechtsänderung vollziehen soll, hat sich das Grundbuchamt nicht einzulassen. Ist das Grundstück noch nicht im Grundbuch eingetragen, so muß die Eintragungsbewilligung die Bezeichnung enthalten, mit der es einzutragen ist, sie muß also die Plannummer angeben, mit der das Grundstück in dem als amtliches Verzeichnis der Grundstücke im Sinne des § 2 Abs. 2 GBO. dienenden Sachregister bezeichnet ist oder bezeichnet wird (§§ 179, 184, 185, 294, 295 DAnw.). Dies gilt insbesondere auch, wenn durch Teilung eines eingetragenen Grundstücks die Teilstücke zu neuen selbständigen Grundstücken gemacht werden. Die Angabe der Bezeichnung, mit der das jetzt geteilte Grundstück als einheitliches Grundstück eingetragen war oder die Hinweisung auf das dessen Eintragung enthaltende Grundbuchblatt genügt der Vorschrift nicht. Das einheitliche Grundstück besteht nicht mehr, die einzutragende Rechtsänderung soll sich an einem der neu gebildeten Grundstücke vollziehen, die Eintragung der Rechtsänderung setzt voraus, daß das neu gebildete Grundstück vorher oder gleichzeitig in das Grundbuch eingetragen wird und darf nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung dieses Grundstück vorschriftsmäßig bezeichnet (Neue Samml. Bd. 3 Nr. 207 S. 1053). Die lastenfreie Abschreibung des neu gebildeten Grundstücks Plan-Nr. 1376 ½ ist deshalb mit Recht abgelehnt worden. (Beschl. des I. ZS. vom 26. Januar 1906.)

437 — — — n.

III.

Gebühr für vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde, in der die Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen einer Hypothek geändert werden. In einem am 4. Januar 1904 geschlossenen notariellen Kaufvertrage waren auf eine dem A. an einem Grundstücke des B. zustehende Hypothek eine Anzahl Posten verrechnet worden, so daß sich diese minderte. Gleichzeitig wurden die Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen hinsichtlich dieser Hypothek geändert. Der Hypothekschuldner unterwarf sich für seine Verbindlichkeiten der Zwangsvollstreckung und beantragte die Einschreibung der neuen Bestimmungen in das Hypothekenbuch. Nach dem Vollzuge der Urkunde durch das Hypothekenamt wurde dem A. eine vollstreckbare Ausfertigung davon erteilt. Der Notar erhob für Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eine Staatsgebühr von 0.50 Mk. Die Regierungsfinanzkammer ordnete die Nachforderung von 60.50 Mk. Gebühren an. Das Landgericht erachtete die Nachforderung für berechtigt. Es führte aus, daß die Urkunde vom 4. Januar 1904 für sich allein ohne Hinzufügung der ursprünglichen Hypothekurkunde vollstreckbar ausgefertigt worden sei, daß daher für die Ausfertigung die Gebühr nach Art. 173 Abs. 1 des GebG. zu erheben sei. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Der Auffassung des Landgerichts kann nicht beigetreten werden. Durch den Vertrag vom 4. Januar 1904 wurde der durch eine Hypothek gesicherte Anspruch des A. geändert, denn es wurden neue Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen vereinbart. Das Hypothekenamt bestätigte, daß deren Einschreibung erfolgt sei. Wenn auch die ursprüngliche Forderung schon eingetragen war, bedurfte es doch eines neuen Eintrags, um die hypothekenrechtliche Sicherung der Forderung mit ihrem neuen Inhalt herbeizuführen. Die Urkunde vom

4. Januar 1904 in Verbindung mit der hypothekenamtlichen Bestätigung beweist, daß der Anspruch, wie er jetzt besteht, durch Hypothek gesichert ist, bildet also eine Hypothekenurkunde im Sinne des Art. 132 Abs. 2 GebG. in der Fassung von 1892, der nach Art. 299 jetziger Fassung auf die Urkunde anzuwenden ist, und des Art. 127 AG. z. ZPO. u. KO., der in Ansehung jener Hypothek noch gilt (Art. 189 EG. z. BGB., Art. 166 Abs. 2, 177 AG. z. BGB.). Die Gebühr für die vollstreckbare Ausfertigung beträgt mithin 0.50 Mk. (Beschl. d. II. ZS. v. 21. Dez. 1905.) —f——

456

Oberlandesgericht München.

Zu § 3 Abs. 1 des Anfechtungsgesetzes; Anfechtung eines Pfründnervertrags gegenüber einer Gemeinde. Die A. hatte sich in ein Stift, welches eine Gemeindeanstalt der Marktgemeinde N. war, mit ihrem Vermögen eingekauft; der B., welche eine vollstreckbare Forderung gegen A. hatte, war hierdurch jedes Befriedigungsmittel genommen. Auf Grund des § 3 Abs. 1 des AnfG. hat B. den Einkaufsvertrag gegenüber der Gemeinde angefochten; das Landgericht erließ Urteil dahin, daß der Vertrag zwischen A. und dem Marktmagistrate N. als Vertreter des Stifts über die Aufnahme der A. in das Stift gegenüber der B. für deren Forderung zu 2000 Mk. für unwirksam erklärt und die Marktgemeinde N. als Vertreterin des Stifts schuldig erklärt werde, an die Klägerin aus dem auf Grund des Vertrags erhaltenen Gelde 2000 Mk. zwecks Befriedigung der Klägerin zurückzugewähren. In der Berufungsinstanz wurde bestritten, daß die Marktgemeinde als Vertreterin des Stifts verurteilt werden könne und daß die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 gegeben seien.

Aus den die Berufung zurückweisenden **Gründen**:

I. Nach Art. 15 GemO. steht die Verwaltung des örtlichen Stiftungsvermögens den Gemeinden zu und es finden nach Art. 66 Abs. 4 für diese Verwaltung — mangels besonderer Bestimmungen — die Vorschriften über Verwaltung des Gemeindevermögens Anwendung. In Märkten mit städtischer Verfassung verwaltet gemäß Art. 87 Abs. 1 der Magistrat das Gemeinde- und örtliche Stiftungsvermögen. So ist auch hier der die Aufnahme der A. in das Stift genehmigende Beschluß von dem Magistrate N. ergangen, und wenn hiernach der Erstrichter in dem Urteilssatze von der Marktgemeinde N. und von dem Magistrate N. als „Vertreter des Stifts" spricht, so ist darin nur die Bezeichnung der Sparte zu finden, in welcher die Marktgemeinde und der sie vertretende Magistrat ihre zu dem Streitfalle führende Tätigkeit entfaltet haben. Eine sachliche Bedeutung kommt dieser Angabe nicht zu und die Berufungsklägerin hat es auch unterlassen, rechtliche Folgen aus den von ihr angeregten Bedenken herzuleiten.

II. Die Beklagte bestreitet nicht, daß A., als sie sich in das Stift einkaufte, das Bewußtsein haben mochte, es werde diese Handlung die Benachteiligung der Klägerin zur notwendigen Folge haben. Hiermit ist die im Gesetze geforderte „Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen", zugestanden. Denn war die Handlung gewollt, welche, wie sich der Handelnde bewußt ist, den schädigenden Erfolg nach sich ziehen muß, dann war auch ihr Erfolg gewollt (vgl. Jaeger, Gläubigeranfechtung, Anm. 13 zu § 3). Es ist deshalb zwecklos, daß die Beklagte, um den Tatbestand des § 3 Abs. 1 in Zweifel zu ziehen, als weiteres Erfordernis der Benachteiligungsabsicht eine „boshafte" Schädigungsabsicht aufstellt und darzutun sucht, daß für das Vorgehen der A. nur der „Trieb der Selbsterhaltung" bestimmend gewesen sei. Die Gläubigerbenachteiligung muß nicht der ausschließliche Beweggrund des Handelns sein, wie Jaeger a. a. O. Anm. 12 ausführt unter Erwähnung des Falls, daß der Schuldner Vermögensstücke für seine künftige Existenz retten will. Hiernach ist die Benachteiligungsabsicht der A. erwiesen.

III. Die Beklagte stellt, um darzutun, daß dem Magistrat N. eine betrügerische Absicht der A. in dem maßgebenden Zeitpunkte nicht bekannt war, den Satz auf, daß, soweit es sich um die Kenntnis des Vertreters im Sinne von § 166 Abs. 1 BGB. handle, nur die Kenntnis in Betracht komme, welche dem Magistrate als solchem amtlich zugegangen wäre. Diese Auffassung ist irrig. Das Reichsgericht hat im Urteile vom 28. Januar 1905 (RGZ. Bd. 59 S. 400 ff.) ausgesprochen, daß die Grundsätze, die für die Kollektivvertreter von Erwerbsgesellschaften gelten, auch für die Kenntnis der Vertreter juristischer Personen anzuwenden sind. Hiernach genügt die Kenntnis eines einzigen Vertreters, und es mangelt demnach der juristischen Person der gute Glaube, wenn auch nur einem der die Gesamtvertretung bildenden Mitglieder die Umstände, die den guten Glauben ausschließen, bekannt sind (vgl. Kuhlenbeck, Rspr. d. RG. Bd. I S. 321 ff., Jaeger, Gläubigeranfechtung Anm. 23 zu § 3; derselbe, KO. Anm. 20 zu § 30). Allerdings kann es sich hierbei nur um das Wissen eines Vertreters handeln, der zugleich den rechtsgeschäftlichen Willen erklärt, in dessen Person sich das stellvertretende Handeln vollzieht (vgl. RGE. vom 2. Februar 1885, bei Gruchot Bd. 29 S. 703 ff.). Die im Gesetze geforderte „Kenntnis des anderen Teils" ist deshalb bei der Marktgemeinde N. vorhanden, wenn erwiesen ist, daß auch nur der Bürgermeister, der bei der Beschlußfassung vom ...... unbestrittenermaßen mitgewirkt hat, um die Absicht der A. wußte. Maßgebend für dieses Wissen ist der Zeitpunkt jener Beschlußfassung, da die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung vorhanden sein muß (vgl. Jaeger a. a. O. Anm. 22 zu § 3), hier aber mit der beschlußmäßigen Annahme des Antrags der A. gemäß § 151 BGB. der Vertrag zustande gekommen war, der für die letztere die Verpflichtung zur Gegenleistung in sich schloß. Der Beweis für dieses Wissen des Bürgermeisters im Zeitpunkte der Beschlußfassung ist erbracht (folgt nähere Ausführung). Daß das Wissen des Magistratsrates X., der an der Beschlußfassung nicht teilnahm, gegen die Marktgemeinde N. nicht unmittelbar verwertet werden kann, ergibt sich aus obigen Rechtssätzen; dagegen hat die Klägerin recht, wenn sie darauf hinweist, daß X. als Referent sein Wissen nicht für sich behalten, sondern zweifellos dem Bürgermeister mitgeteilt hat, so daß dieser im entscheidenden Augenblicke in die Verhältnisse der A. und deren Absichten eingeweiht war. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 sind hiernach gegeben und erwiesen. (Urt. vom 18. Januar 1906, 479/05.)

397 W.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu §§ 535, 536 BGB. Auf das am 8. Mai 1898 erfolgte Ableben des Sch. verpflichtete sich in einem Vertrage vom 25. November 1899 der Kläger als Miterbe, der Beklagten, seiner Schwester, den ihr schon früher zum Mehlverkaufe aus ihrer Kunstmühle in einem Hause des Klägers mietweise überlassenen Laden zu dem vom letzten Mieter bezahlten Mietzinse von monatlich 20 Mk. wieder zu überlassen. Die Beklagte hat jedoch weder den Laden bezogen, noch den Mietzins gezahlt, weshalb ihr Bruder gegen sie Klage mit dem Antrage erhob, sie zur Zahlung der rückständigen und während des Prozesses angefallenen Mieten zu verurteilen. Die Beklagte machte geltend, daß 1. Kläger in dem gleichen Hause einen anderen bisher anderen Zwecken dienenden Geschäftsraum inzwischen einem Konkurrenten der Beklagten (H.) vermietet habe, 2. Kläger mit einer im gleichen Hause ein Spezereigeschäft betreibenden Frau B..., welche

seinerzeit für die Beklagte nebenbei den Mehlverkauf in deren Laden besorgt hatte, einen neuen Mietvertrag geschlossen habe, in welchem die Bestimmung getroffen wurde, daß jene nicht mehr den Mehlverkauf für die Beklagte besorgen dürfe. Auch verlangte sie widerklagsweise die Beseitigung dieser dem vertragsmäßigen Gebrauche des Ladens entgegenstehenden Hindernisse. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung der Mietzinsen verurteilt und ihre Widerklage abgewiesen. Auf Berufung hat das Oberlandesgericht (II. ZS.) am 11. Mai 1905 die Klage abgewiesen und der Widerklage entsprochen.

Aus den Gründen: Es mag dahin gestellt bleiben, ob § 226 BGB. anwendbar ist. Allein es ist gewiß, daß Kläger den Vertrag mit seiner Schwester nicht so vollzogen hat, wie er ihn nach deren Absicht, die ihm wohlbekannt war, hätte vollziehen sollen, sonach gegen § 535 BGB. verstoßen hat (vgl. Kuhlenbeck Aufl. 2 Bd. 1 S. 438 und Rspr. d. OLG. Bd. 2 S. 32). Auch hat er dem § 536 BGB. zuwider gehandelt, wonach er die vermietete Sache dem Mieter in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und während der Mietzeit in diesem zu erhalten hatte. Ferner wird die Tatsache, daß sich Kläger bei Ueberlassung des Geschäftsraumes an H... der Vertragsbrüchigkeit gegen seine Schwester bewußt war, durch verschiedene (einzeln aufgeführte) Umstände illustriert, so daß das Berufungsgericht überzeugt ist, daß Kläger von der Absicht geleitet war, seiner Schwester den erfolgreichen Betrieb des Mehlverkaufes unmöglich zu machen oder doch zu erschweren, obschon die Vertragsteile bei Abschluß des Vertrags davon ausgingen, daß die Beklagte in die Lage versetzt werden sollte, die durch Vermietung an den letzten Mieter verlorene Lokalkundschaft wieder zu gewinnen. Sie hat daher auf Grund der Einrede des nichterfüllten Vertrags mit Recht sich geweigert, für die Zeit, in der ihr der Gebrauch des Mietobjektes ohne ihr Verschulden entzogen wurde, den Mietzins zu zahlen. Zu dieser Weigerung ist die Beklagte auch auf Grund der exceptio doli generalis befugt, weil das BGB. mit Aufstellung des Grundsatzes von Treu und Glauben in den §§ 157 und 242 betonen wollte, daß aller Rechtsverkehr unter der Herrschaft der bona fides stehen müsse (JW. 1904 S. 89 Nr. 7 und S. 555 Nr. 14). Das gleiche gilt bezüglich der vom Kläger mit der Spezereihändlerin getroffenen Abmachung. Ja, es war die Beklagte sogar berechtigt, im Wege der Widerklage zu verlangen, daß Kläger die dem vertragsmäßigen Gebrauche des Ladens entgegengesetzten Hindernisse zu beseitigen habe, zumal auch alle Voraussetzungen der §§ 826 mit 249 BGB. gegeben sind.

414 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

I.

Zu § 122 GewO. Zwei Taglöhner, welche seit vielen Jahren im Baugewerbe in M. tätig waren, standen einige Wochen bei einem Baumeister in Arbeit, welcher der Innung angehört. Laut der für die Innungsmeister und deren Arbeiter aufgestellten Arbeitsordnung kann das Arbeitsverhältnis beiderseits ohne Kündigung gelöst werden. Die beiden Taglöhner wurden ohne Kündigung entlassen und verlangten sodann mit der Behauptung, daß sie eine die gesetzliche Kündigung des § 122 GewO. ausschließende Vereinbarung nicht getroffen hätten, bei dem zuständigen Schiedsgerichte der Innung (§ 81 b Z. 4 GewO.) Zahlung des Lohnes für die ihrer Entlassung folgenden 14 Tage. Der Schiedsspruch des Innungsschiedsgerichtes ging auf Abweisung der Klage. Das Amtsgericht hob auf Klage der Taglöhner nach § 91 GewO. den Schiedsspruch auf und verurteilte nach dem Klageantrage. Das Landgericht wies auf Berufung des beklagten Baumeisters die Klage ab.

Aus den Gründen: Die Regel der beiderseitigen 14tägigen Kündigung nach § 122 GewO. kann vertragsmäßig außer Kraft gesetzt werden. Dies kann nicht nur schriftlich oder mündlich, sondern, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Notwendige Voraussetzung hierfür ist aber, daß der Vertragswille zum Ausdrucke und zur Kenntnis des Vertragsgegners gebracht wird. Unbestritten ist im Betriebe des Beklagten für alle Arbeiter die Kündigung ausgeschlossen. Daraus ergibt sich, daß er auch die Kläger unter Ausschluß der Kündigung in seinen Betrieb eingestellt hat, da ein vernünftiger Grund nicht gegeben ist, daß er gerade für sie eine Ausnahme machen wollte. Dieser Vertragswille des Beklagten ist allerdings den Klägern nicht ausdrücklich mitgeteilt worden. Eine solche Mitteilung wurde aber durch die eigene Kenntnis der Kläger von diesem Vertragswillen bei ihrem Arbeitsantritte ersetzt und überflüssig gemacht. Nach der Ueberzeugung des Gerichtes haben sie infolge ihrer langjährigen Tätigkeit im Baugewerbe in M. gewußt, daß der Beklagte Innungsbaumeister ist und als solcher Arbeitsverträge ausschließlich nach Inhalt der ihnen bekannten, den Ausschluß der Kündigung enthaltenden Arbeitsordnung abschließen wollte. Dieser Vertragswille ist den Klägern bei ihrer Arbeitseinstellung dadurch zum Ausdrucke gebracht worden, daß ihnen eine anderweitige Bestimmung vom Beklagten nicht mitgeteilt worden ist. Wenn unter diesen Umständen die Kläger gleichwohl in das Arbeitsverhältnis eingetreten sind und trotz ihrer Kenntnis des Kündigungsausschlusses beim Beklagten von diesem nicht ausdrücklich die Nichtgeltung dieser Vertragsbestimmung für sich verlangt haben, so haben sie durch ihren Arbeitsantritt und dieses Stillschweigen den Vertragswillen auf Ausschluß der Kündigung zum Ausdrucke gebracht und die ihnen bekannte Vertragsbestimmung des Beklagten für sie verbindlich angenommen. Wenn die Kläger hierbei etwa die Mentalreservation hegten, später infolge ihres Stillschweigens die gesetzliche Kündigungsfrist des § 122 GewO. zu beanspruchen, so ist dies ohne Belang, da nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. einem dem Vertragsgegner nicht zur Kenntnis gebrachten Willen Bedeutung nicht zukommt. (Urt. v. 2. Januar 1906 F. 621/05.)

365. Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

II.

Unzulässigkeit der Verehelichung einer russischen Israelitin mit einem deutschen Katholiken. Die Einwilligung nach BGB. § 1305 muß den anderen Verlobten bezeichnen. Die minderjährige israelitische Verkäuferin Sophie P. und der volljährige katholische Bankbeamte Anton K. beantragten beim Standesamt M. das Aufgebot; Sophie P. ist Russin, Anton K. Deutscher. Der Standesbeamte lehnte das Aufgebot auf Grund des Art. 13 EG. z. BGB. ab, weil nach russischem Recht die Ehe zwischen Katholiken und Israeliten verboten sei, auch eine von einem russischen Staatsangehörigen im Ausland geschlossene Ehe in Rußland nur auf Grund kirchlicher Trauung anerkannt werde, letztere aber nach Auskunft des hiesigen Rabbiners nicht geschehe, übrigens auch die elterliche Einwilligung nur ganz allgemein laute und den Anton K. nicht bezeichne. Das Amtsgericht bestätigte auf Anrufen die Weigerung, weil zwar die vorliegende Einwilligung genüge und die Trauung auch nachgeholt werden könne, aber das nach russischem Gesetz anwendbare mosaisch-talmudische Recht Nichtigkeit wegen Religionsverschiedenheit statuiere. In der Beschwerde wurde geltend gemacht, nicht das mosaisch-talmudische Recht

sei maßgebend, sondern der Russische Zivilgesetzkodex (Ausgabe 1900) und dieser enthalte kein Eheverbot für die russische Jüdin hinsichtlich eines christlichen Ausländers. Deshalb habe auch die Russische Gesandtschaft in M. die Zulässigkeit dieser Ehe begutachtet, zumal damit die Russin eine fremde Staatsangehörigkeit erwerbe und auch der Rabbiner des Heimatorts der Sophie P. habe erklärt, es stehe dieser Trauung außerhalb seines Bezirkes nichts entgegen. Die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Bei Schmitz-Wichmann, Die Eheschließung im intern. Verkehr Bd. 2 (Ausg. 1905) S. 163, 174, 175 und Leske-Löwenfeld, Das Eherecht der Europ. Staaten (Ausg. 1904) S. 711, 777 ff., 781 ist ausgeführt, daß die Eheschließungen der russischen Juden dem mosaisch-talmudischen Recht unterliegen, darnach sind Ehen von Juden mit anderen Völkern (Götzendienern) ungültig. Selbst wenn man entgegen dem Gutachten des hiesigen Rabbiners dies nicht auf Christen anwenden wollte, wäre das Aufgebot unzulässig. Russische Staatsangehörige können auch im Ausland eine gültige Ehe nur vor dem Geistlichen ihrer Konfession schließen. Wenn nun in dem betreffenden Lande nur die Zivilehe zugelassen und dem Geistlichen die vorgängige kirchliche Trauung verboten ist, so bleibt einem russischen Staatsangehörigen solchenfalls behufs Anerkennung seiner Ehe im Heimatland nur übrig, der Zivilehe die kirchliche Trauung sofort folgen zu lassen (Leske-Löwenfeld S. 761). Nach der ME. vom 13. April 1890 (JMBl. S. 113) ist solchenfalls die Ausstellung des Verehelichungszeugnisses davon abhängig, daß Gewähr dafür besteht, daß die Verlobten Willens und in der Lage sind, der Zivilehe die dem ausländischen Recht entsprechende religiöse Trauung unmittelbar folgen zu lassen. Hieran mangelt es aber nach dem Zeugnis des hiesigen Rabbiners (vgl. auch „der Standesbeamte" 1893 S. 186, 194 und 1898 S. 6). Das weitere Hindernis ist der Mangel der elterlichen Einwilligung zur Heirat gerade mit Anton K.; diese muß sich auf eine bestimmte Eheschließung beziehen (Sartorius, PersStG. S. 228). (Beschl. v. 28. Dez. 1905; Beschw.Reg. Nr. 737/05).

411 N.

Literatur.

Lindemann, Otto, Landrichter in Köslin. Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nebst den Einführungs- und Preußischen Ausführungsbestimmungen mit Erläuterungen und Beispielen. Breslau 1905. M. u. H. Marcus. Gebd. Mk. 3.—.

Daß immer wieder neue Ausgaben zum ZwVG. erscheinen, läßt erkennen, wie sehr die schwierigen Probleme und die überfeine Technik dieses Gesetzes zur wissenschaftlichen Behandlung anreizen. Der Verfasser hat sich zwar enge Grenzen gesteckt und eine erschöpfende Kommentierung nicht angestrebt, bringt aber doch viele beachtenswerte Ausführungen zu mancherlei Streitfragen. Dabei hält er sich von theoretischer Einseitigkeit völlig frei. Zu begrüßen ist es z. B., daß er sich nicht der am Buchstaben klebenden Meinung angeschlossen hat, welche dem Gläubiger die Berichtigung des Grundbuchs nicht ermöglichen will, wenn er einen zur Erwirkung einer Zwangshypothek nicht geeigneten Titel hat. (Bem. 2 zu § 17). So vertritt er auch im Gegensatze zur herrschenden Meinung die Anschauung, daß mit der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die Versteigerungsbedingungen endgültig festgestellt sind, und daß es sonach nicht jedem Beteiligten erlaubt ist, den Versteigerungsbeamten durch Anträge nach §§ 59 oder 61 beliebig lang zu chikanieren. (Bem. 2 zu § 59, 2 zu § 61, 16 zu § 66; vgl. von der Pfordten, Komm. zum ZwVG. S. 190 Bem. 5). Beizustimmen wird ihm auch sein, wenn er eine Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 nicht davon abhängig macht, daß das aufrecht zu erhaltende Recht durch das Meistgebot gedeckt ist. (Bem. 2a zu § 91). Was die Fassung der Erläuterungen anlangt, so sind die gedrängte Form und die Leichtigkeit des Stils zu rühmen, die von ungewöhnlicher Beherrschung des Stoffes zeugen.

von der Pfordten.

Pollwein, Markus, Erster Staatsanwalt in Neuburg. Bayerisches Gesetz vom 30. März 1850, betr. die Ausübung der Jagd, und die Gesetze, betr. den Ersatz des Wildschadens. Sechste, neubearbeitete Auflage. München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). 8°. VIII und 334 S. Geb. Mk. 3.—.

Die Vorzüge des Buches, das mit dem Erscheinen in 6. Auflage zugleich das 20. Jahr seines Bestehens zurücklegt, sind allgemein bekannt. Die Darstellung ist knapp und doch erschöpfend und so klar, daß der Jurist, auch wenn er nicht Jäger, und der Jäger, auch wenn er nicht Jurist ist, auf jede Frage eine Antwort findet. Dabei begnügt sich der Verfasser nicht mit der Kommentierung des Jagdgesetzes, sondern er erläutert eingehend auch die Vollzugsvorschriften und Bezugsgesetze. Die neue Auflage, die an Umfang die vorausgegangenen wiederum erheblich übertrifft, zeichnet sich vor allem durch die gründliche Behandlung dieses Nebengebietes aus. Die Bemerkungen zur VO. vom 5. Oktober 1863 über die Ausübung und Behandlung der Jagden, dann zu den Bestimmungen über die Sonntagsruhe, über den Vogelschutz, über die Haftung des Jägers für die Verletzung von Menschen und die Beschädigung von Tieren und anderen Sachen, zum § 367 Ziff. 8 StGB. u. a. m. verdienen besondere Erwähnung. Die neueste Rechtsprechung und Literatur — auch der erste Jahrgang dieser Zeitschrift — ist berücksichtigt; die Sprechsaalanfragen der Bayerischen Gemeindezeitung, deren reiche Kasuistik eine ergiebige Fundgrube bietet, sind gleichfalls sorgsam verarbeitet und auch die Jagdfachzeitschriften, die oft schätzenswerte Anregungen enthalten, kommen nicht zu kurz. Der Druckfehler, der das Datum der bayerischen Vogelschutzverordnung falsch angibt (5. statt 15. November 1889) ist auch in dieser Auflage stehen geblieben.

Bezirksamtsassessor Harster.

Notiz.

Beaufsichtigung des Kostkinderwesens. Das Staatsministerium des Innern hat am 6. Februar 1906 eine ausführliche Anweisung an die Polizeibehörden erlassen, welche die Beaufsichtigung des Kostkinderwesens regelt. Sie ist im JMBl. Nr. 3 S. 37 abgedruckt. Nach dieser Bekanntmachung soll dem Vormundschaftsgerichte von der Bewilligung von Gesuchen um Gestattung der Aufnahme von Kostkindern sowie von der Zurücknahme der Bewilligung Mitteilung gemacht werden, falls das unterzubringende Kind unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht, insbesondre also, wenn es unehelich ist. Ebenso soll das Vormundschaftsgericht durch die Distriktspolizeibehörde von etwaigen Mängeln der Erziehung und Verpflegung Kenntnis erhalten, um nach Maßgabe der Vorschriften in den §§ 1837, 1838 BGB. oder nach dem Zwangserziehungs-Gesetz einschreiten zu können. Zur Beaufsichtigung des Kostkinderwesens werden auch die Gemeindewaisenräte herangezogen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

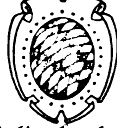
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.

Nr. 9. München, den 1. Mai 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren.

Ein Beitrag zur Lehre vom „Augenschein" und von der „Durchsuchung".

Von **Joseph Kreß**, I. Staatsanwalt in Regensburg.

Begriff.

„Beweismittel" ist hier in der Bedeutung von „Beweisobjekt", „Beweissubstrat" zu verstehen. In gleichem Sinne spricht man von Zeugen, Sachverständigen und Beschuldigten als „Beweismitteln" = persönlichen Beweismitteln, im Gegensatze zu den sachlichen Beweismitteln, unter denen man alles, was körperlich in die Erscheinung tritt und nicht durch seinen gedanklichen Inhalt sondern ausschließlich durch seine Existenz, durch seine Beschaffenheit, durch seine räumliche Beziehung zu anderen Objekten und Subjekten Beweis liefert[1]), begreift: Sachen und Personen, lebende und tote Wesen, insbesondere auch die Substanz des lebenden Menschen. Der lebende Mensch kann sonach in einer doppelten Gestalt Beweismittel sein: intellektuell — mit seiner Aussage, substantiell — mit seiner Beschaffenheit, z. B. mit seinen Wunden, Narben, Kennzeichen, Defekten, Krankheitserscheinungen[2]). Nur der letztere Mensch in seiner Substanz soll uns hier beschäftigen. Es scheiden deshalb aus:

a) Die Sachen, welche der lebende Mensch am Körper trägt, Kleidungsstücke, Schmuckgegenstände usf.;

b) die Gegenstände, die er am Leibe verborgen hat, z. B. die Feile, die der Einbrecher im Haare, der gestohlene Ring, den der Dieb im Munde, die entwendeten Brillanten, die er im Ohr versteckt hält.

[1]) v. Kries, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 6 S. 147.

[2]) Wer sich künstlich scheinbare Spuren von Verletzungen beibringt, um eine an ihm verübte strafbare Handlung glaubhaft zu machen, kann nicht wegen falschen Zeugnisses bestraft werden, weil er nicht „ausgesagt" hat, also nicht persönliches sondern sachliches Beweismittel war; Glaser, Handb. d. Strafproz. I S. 464.

Das Mittel, durch welches der lebende Mensch in seiner Substanz für die Zwecke des Strafverfahrens nutzbar gemacht wird, ist die Besichtigung, der „Augenschein" der §§ 86, 185, 191, 193, 224, 248 StPO. „Augenschein" = Augenscheinseinnahme in der hier in Betracht kommenden Bedeutung ist demnach die auf sinnliche Wahrnehmung der gekennzeichneten substantiellen Beschaffenheit des Menschen gerichtete Tätigkeit des Richters. Er ist zu unterscheiden von jener hier nicht zu behandelnden Tätigkeit, welche zwar auch den Menschen beschaut, dabei jedoch nicht eine Eigenschaft der Substanz, die Wunde, die Narbe ꝛc., sondern die oben unter a und b bezeichneten Sachen zum Gegenstande der Wahrnehmung macht. Wenn wir in der Folge der Kürze wegen nur von „körperlicher Besichtigung" sprechen, so wird dies kein Mißverständnis erregen. Die ganze menschliche Substanz — also auch die geistige — kann Gegenstand des „Augenscheins" im Sinne unserer StPO. sein; auch letztere ist deshalb von unserem Thema mitumfaßt.

Gegenstand der folgenden Darstellung soll nun zunächst die aktive und dann die passive Seite der körperlichen Besichtigung, demnach

I. die prozessuale Zulässigkeit und

II. die Pflicht zur Duldung der körperlichen Besichtigung sein.

I. Die prozessuale Zulässigkeit der körperlichen Besichtigung.

Der Richter hat das Recht, nach freiem Ermessen alle Gegenstände der Erscheinungswelt zu Beweiszwecken in Benützung d. i. in Augenschein zu nehmen, demnach auch die Substanz des lebenden Menschen, mag dieser Täter, Teilnehmer, Begünstiger, Hehler oder unbeteiligt sein, zu besichtigen. Er wird sich bei dieser Beweisaufnahme in der Regel des Gesichtssinnes, darf sich aber auch anderer Sinne, beispielsweise des Gefühls, Gehörs bedienen. Jede auf diese Weise erzielte Wahrnehmung ist vom gesetzlichen Begriffe des „Augenscheins" umfaßt. Diese Sätze sind unbestritten — begreiflich; denn sie enthalten nur

Selbstverständliches. Unsere StPO. „kennt keinen geschlossenen Kreis von Beweismitteln"; sie eröffnet dem Richter[1]) in der Herbeiziehung und Verwertung geeigneter Erkenntnisquellen den denkbar weitesten Spielraum, indem sie in § 260 das Gericht anweist, über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden[1]). Die Aufführung einzelner Beweismittel: Zeugen, Sachverständige, Urkunden, hat nur exemplifikatorische Bedeutung. Daneben steht dem Richter das ganze unerschöpfliche Gebiet sachlicher Beweismittel, also alle sinnlich wahrnehmbaren belebten und unbelebten Wesen — darunter auch die Substanz des lebenden Menschen — zur Benützung bei Erforschung der Wahrheit zu Gebote.

II. Die Pflicht zur Duldung der körperlichen Besichtigung.

Gibt es überhaupt eine solche Pflicht? Hier betreten wir nun, nachdem wir uns bisher auf unbestrittenem Boden bewegt haben, das bestrittene Gebiet. Jene Meinung, die noch als die herrschende bezeichnet werden kann, statuiert die Duldungspflicht als das selbstverständliche und unentbehrliche Korrelat der dem Richter eingeräumten Befugnis. Die gegnerische Meinung bekämpft die Annahme einer solchen generellen Pflicht als einen geradezu unerhörten[2]), durch keinerlei positive Vorschrift gerechtfertigten Eingriff in die persönliche Freiheit und Sicherheit.

Aufgabe der folgenden Erörterung ist es nun, zunächst die herrschende Meinung, sodann die gegnerische Anschauung zur näheren Darstellung zu bringen und hieran eine kritische Würdigung des beiderseitigen Standpunktes zu knüpfen.

A. Die herrschende Meinung.

Rintelen, Meves, Schwarze, Keller, Birkmeyer und Hellweg nehmen zur Frage überhaupt nicht Stellung. Bomhard-Koller, Komm. zur StPO. S. 60 nimmt die Duldungspflicht — ohne Begründung — als gegeben hin. Einen besonderen Standpunkt vertritt Stenglein in seinem Komm. zur StPO., 3. Aufl. S. 221. Er stellt die Pflicht, die körperliche Besichtigung zu dulden, inhaltlich auf die gleiche Stufe wie die Verbindlichkeit, als Zeuge auszusagen, da es auf das gleiche hinauskomme, ob jemand, z. B. der Verletzte, über seine Wunden mündlich aussage oder solche vorzeige; auch letzteres sei im Effekt eine Art zeugschaftlicher Deposition. Folgerichtig räumt er die Befugnis, die körperliche Besichtigung abzulehnen, in jenen Fällen ein, in denen der zu Besichtigende das Zeugnis verweigern darf. Stengleins Anschauung wird an anderer Stelle des näheren gewürdigt werden, vgl. unten III B. Die große Mehrheit aller Autoren erklärt die Duldungspflicht entweder:

a) als ein Gebot der absoluten Notwendigkeit, da ohne solche in vielen Fällen der Zweck des Strafverfahrens — Ermittelung materieller Wahrheit — vereitelt würde, oder:

b) als die gewissermaßen logische Folge der dem Richter von dem Gesetze autoritativ eingeräumten Befugnis.

a. Die Duldungspflicht — eine prozessuale Notwendigkeit.

Als solche wird sie bezeichnet von Thilo, Puchelt, Glaser, v. Kries, Ullmann.

1. Thilo (Die StPO. für das Deutsche Reich S. 112) spricht von einer Untersuchung der Person, die unter Umständen geboten sei und daher geduldet werden müsse, weil sich mit § 95 StPO. der Untersuchungszweck nicht immer erreichen lasse.

2. Puchelt (Die StPO. für das Deutsche Reich S. 189) bezeichnet die Duldungspflicht kurzweg als vom öffentlichen Interesse gefordert.

3. Glaser gibt in seinem Handbuche des Strafprozesses dem nämlichen Gedanken folgenden Ausdruck. In Bd. II S. 273 ff. handelt er von der „richterlichen Zwangsgewalt" und führt aus: „Was die Grenzen der . . . . anzuwendenden Zwangsgewalt betrifft, so muß anerkannt werden, daß die Gerichte ein Recht haben, dasjenige zu tun, was unbedingt nötig ist, damit sie ihres Amtes walten können und nötigenfalls auch Gewalt anzuwenden, wenn sie dabei auf Widerstand stoßen . . ." Ein solches Zwangsmittel sei u. a. die Pflicht, eine Besichtigung über sich ergehen zu lassen. Was die Grenzen der richterlichen Zwangsgewalt bei Vorgängen dieser Art betreffe, so könne im allgemeinen nur gesagt werden: „daß das Gericht, um zu tun, was es tun müsse, keiner besonderen Legitimation bedürfe, daß es, selbst wo es zu diesem Zwecke Gewalt anwenden müsse, gegen aktiven Widerstand durch das Strafgesetz geschützt sei . . ." M. a. W.: Nach Glaser hat das Gericht das Recht, jedes Mittel, welches es zum Zwecke der Erfüllung seiner Aufgabe für geboten erachtet, z. B. die Besichtigung des menschlichen Körpers — allenfalls zwangsweise — in Anwendung zu bringen.

4. v. Kries in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 6 S. 145 glaubt es als einen Mangel der Prozeßordnungen, insbesondere der StPO., bedauern zu müssen: „daß an die zwangsweise Sistierung von Personen, soferne sie sachliche Beweismittel seien, nicht gedacht sei, auch über die Verpflichtung, sich einer Besichtigung, sei es durch den Richter, sei es durch Sachverständige, zu unterwerfen, nichts gesagt werde." In seinem Lehrbuche des Strafprozeß-

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 55.

[2]) Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, 2. Aufl. S. 260.

rechts S. 409 ff. bekennt sich übrigens v. Kries bereits zu der Anschauung, daß die Besichtigung des eigenen Körpers geduldet werden müsse. Er meint, es wäre ratsam gewesen, wenn unsere StPO. nach dem Vorgang älterer Gesetze, z. B. der preuß. KrimOrdnung usw. die Duldungspflicht ausdrücklich statuiert hätte und fährt dann fort: „Gleichwohl fordert das praktische Bedürfnis diese Verpflichtung in so gebieterischer Weise, daß man sich nicht entschließen kann, sie für das bestehende Recht zu bestreiten . . .“

5. Ullmann in seinem Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts S. 339 bezeichnet ebenfalls die Duldungspflicht als prozessuale Notwendigkeit.

In seiner Dissertation: Die Haussuchung im Strafprozeß 1896 entwickelt Spitznagel S. 1 ff. den Gedanken, daß Art und Maß des Eingriffs der staatlichen Zwangsgewalt in die Privatrechtssphäre und die persönliche Freiheit des einzelnen von mancherlei Umständen, u. a. von der kulturellen Stufe, auf welcher ein Gemeinwesen stehe, von der Entwicklung, welche das Rechtsleben in ihm genommen und speziell von den Prinzipien, welche das Strafverfahren beherrschten, abhängig sei. Auf S. 29 kommt Spitznagel zu dem bündigen Schlusse: „Der Richter hat zu einer auf die Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt gerichteten Handlung d. i. zur Anwendung der prozessualen Zwangsmittel nur insoweit ein Recht, als dieselbe ein notwendiges Mittel zur Ausübung der Kriminalgerichtsbarkeit ist.“

b. Die Duldungspflicht — das Korrelat der richterlichen Befugnis.

Als solche wird sie von folgenden Autoren qualifiziert:

1. Geyer in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts Bd. I. S. 226 und in seinem Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts S. 488 erklärt bewegliche und unbewegliche Sachen jeder Art, ferner Personen als taugliche Augenscheinsobjekte.

2) In v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. III S. 1403 ff. will Glaser unterschieden wissen zwischen demjenigen, was der Staat erwarte, durch seine Organe annehmen, ja zu dessen Leistung er mahnen könne und demjenigen, was er, wenn es verweigert werde, fordern und erzwingen dürfe. Um letzteres zu rechtfertigen, genüge die bloße Berufung auf jene allgemeine Bürgerpflicht nicht im neueren Staatswesen, in welchem auch das öffentliche Recht wesentlich Gesetzesrecht sei; es bedürfe vielmehr eines Gesetzes, welches zur Erzwingung der Leistung ermächtige. Nun sei zwar eine Zwangspflicht, sich zum Objekte des richterlichen Augenscheins oder der Besichtigung durch Sachverständige herzugeben, in dem Gesetze nicht statuiert, allein — fährt er wörtlich fort — „da diese Untersuchungshandlungen den Behörden zur Pflicht gemacht und ganz alltäglicher Natur sind, so kann an deren Recht zur Vornahme derselben auch wider Willen des Betroffenen nicht gezweifelt werden“. Nach Glaser muß demnach die Besichtigung des Körpers aus dem doppelten Grunde geduldet werden:

a) weil sie für den Strafzweck nicht entbehrt werden kann — oben II A a;

b) weil das Recht hierzu dem Richter mit für ihn verbindlicher Kraft eingeräumt ist.

3. Dalcke, Die deutsche StPO. S. 64 bezeichnet es als unbedenklich, „daß das Gesetz, wenn es dem Richter das Recht zur Einnahme des Augenscheins nach seinem Ermessen gegeben, dadurch auch für jedermann die Pflicht statuiert hat, die Augenscheinseinnahme zu dulden“.

4. Mark, Die Staatsanwaltschaft bei den Land- und Amtsgerichten S. 198 läßt der Befugnis zur Einnahme des Augenscheins schlechthin die Pflicht zu seiner Duldung korrespondieren.

5. Friedrichs — ZZP. Bd. 19 S. 390 ff. — spricht bei Behandlung der Frage, ob auch Unverdächtige sich eine Durchsuchung ihrer Person gefallen lassen müßten (§ 103 StPO.), von den wichtigen Staatsaufgaben, zu deren Erfüllung nicht nur das Strafprozeßwesen als Ganzes, sondern auch jeder einzelne Strafprozeß diene. Die Macht der Staatsbeamten zur Durchführung solcher Aufgaben sei anerkanntermaßen eine sehr große, lediglich durch § 103 StPO. — hinsichtlich der körperlichen Untersuchung — beschränkte. Alles, was hier nicht ausdrücklich verboten sei, sei als erlaubt anzusehen. Diese Machtfülle erfließe der staatlichen Justizhoheit und komme in dem das Strafverfahren beherrschenden Offizialprinzip zum Ausdruck. Das Zivilprozeßverfahren kenne dieses Prinzip teilweise nur in Ehe- und Entmündigungssachen, allwo dann der Richter ebenfalls das erzwingbare Recht habe, alle Beweismittel zu benützen, also auch den menschlichen Körper zwangsweise zu besichtigen. Friedrichs huldigt also dem Grundsatze: Der Strafrichter „darf“ — ergo „muß“ der andere.

6. Koppmann, Komm. z. MStGO. S. 378 bemerkt erläuternd zu dem in seinem ersten Absatze mit § 86 StPO. gleichlautenden § 222: „Dem Rechte des Richters auf Augenscheinseinnahme entspricht die Pflicht, sich bei Besichtigung von Personen derselben (durch Sachverständige) zu unterziehen d. h. sie zu dulden, z. B. Wundbeschau, Besichtigung der körperlichen Integrität bei Sittlichkeitsdelikten u. dgl.“

7. Löwe, Komm. z. StPO., 11. Aufl. S. 351 drückt ungefähr den gleichen Gedanken aus.

8. Rosenmeyer — Gerichtssaal Bd. 63 S. 41 ff. — resolviert sich kurz dahin: „Das Gesetz erkennt ein Augenscheinsrecht voraussetzungs-

los an; § 86 spricht allgemein davon, daß Augenschein eingenommen werden kann. Diese Bestimmung genügt, um auf der Seite des einzelnen eine Verpflichtung zu konstruieren."

9. Müller — BayZfR. 1905 S. 449 — läßt bezüglich unserer Frage lediglich § 86 in Betracht kommen, welcher die Einnahme eines Augenscheins als ein Mittel zur Beweiserbringung und damit auch eine Pflicht zur Duldung des Augenscheins anerkenne, so daß dessen Einnahme erzwungen werden könne.

Anhang. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht steht gleichfalls auf dem Standpunkte der herrschenden Meinung, wie diese unter a und b dargestellt worden ist. Es kommen folgende Erkenntnisse in Betracht:

1. Urteil vom 11. Juni 1886 — Entsch. Bd. 14 S. 189 ff. Die Strafkammer hatte die vom Verteidiger beantragte zwangsweise körperliche Untersuchung einer Zeugin, mit der sich der Angeklagte sittlich vergangen haben sollte, mit der Begründung abgelehnt, daß zur Untersuchung des Körpers einer Person ein Zwangsmittel vom Gesetze nicht gewährt sei. Das Reichsgericht verwirft diese Anschauung und bezeichnet die beantragte Erzwingung körperlicher Untersuchung als gesetzlich zulässig. Es führt aus: „Der erste Richter verkennt aber offenbar die Stellung des einzelnen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, indem er dieser die Verpflichtung auferlegt, von einem an sich berechtigten Akte abzustehen, sobald ein Betroffener den Akt nicht dulden zu wollen erklärt. Mit der Berechtigung zu dem Akte ist den Organen der Strafrechtspflege auch die Befugnis zur Ueberwindung eines entgegengesetzten Widerstands gegeben, insoweit das Gesetz nicht Einschränkungen vorsieht." Es wird dann allgemein von der den Organen der Strafrechtspflege zustehenden Zwangsgewalt gesprochen, der allerdings in einer Reihe von Vorschriften der StPO. — im gegebenen Falle in § 103 — Schranken gesetzt seien.

2. Im Urteile vom 15. Oktober 1887 — Entsch. Bd. 16 S. 218 — behandelt das Reichsgericht die Frage, ob die Durchsuchung der Kleider am Leibe im Pfändungsverfahren der ZPO. eine gesetzlich zulässige Vollstreckungsmaßregel darstelle und gelangt zur Bejahung, weil eine solche Visitation keine Durchsuchung der Person sondern von Sachen sei. Eine Durchsuchung der Person sei allerdings nur im Strafverfahren vorgesehen und hier unentbehrlich, während für die ZPO. ein solches Bedürfnis nicht anerkannt worden sei.

3. Das Urteil vom 8. Juli 1889 — Entsch. Bd. 19 S. 366 — spricht allgemein — ohne nähere Begründung — von der „Pflicht": „als Objekt eines Augenscheins zu dienen und sich einer körperlichen Untersuchung zu unterwerfen."

4. Die im „Recht" 1902 S. 514 mitgeteilte Entscheidung vom 18. September 1902 betont ebenfalls nur im allgemeinen das „Recht des Richters auf Augenscheinseinnahme", dem durch die Vorschriften der §§ 94 ff. StPO mehrfache Schranken gezogen seien.

B. Abweichende Meinungen:

a. Allgemeines:

Vor Ueberspannung des Grundsatzes, der, wie unten des näheren zu erörtern sein wird, den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß beherrschte, daß, was dem Richter vom Gesetze gestattet sei, von dem Beschuldigten sowohl wie von dem Dritten, Unverdächtigen, Zeugen, als Pflicht einfach hingenommen, geduldet, befolgt werden müsse, weil dies eben salus publica[1]) erfordere, hatte schon s. Zt. Zachariä in seinem Handbuche des deutschen Strafprozesses 1868 Bd. 2 S. 181 gewarnt. Man glaubte damals u. a. die allgemeine Zeugnispflicht nicht etwa auf die Unentbehrlichkeit des Zeugnisses zur notwendigen Konstatierung der Tatsachen, sondern auf das allgemeine Prinzip, daß jeder Staatsbürger schuldig sei, für die Erreichung der Staatszwecke tätig zu sein, stützen zu sollen. Zachariä bekämpft diese Anschauung und bezeichnet dieses Prinzip als „zu weit greifend".

Dem nämlichen Gedanken gibt Wach in der KrVJSchr. Jahrg. 1873 Bd. 15 S. 347 Ausdruck, wenn er die Annahme, daß im Zivilprozeß aus der Berechtigung des Gerichts zur offiziellen Augenscheinseinnahme die Editionspflicht des Prozeßgegners zu deduzieren sei, als „vollkommen bodenlos" bekämpft; denn „ein absolutes richterliches Inspektionsrecht existiere nicht"[2]).

Hermann Seuffert — v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts 1890 Bd. II S. 675 — hält dafür, daß die Uebertragung einer Amtsgewalt zwar die Ermächtigung zu denjenigen „Abwehrmaßregeln" in sich schließe, ohne deren Anwendung die Erfüllung der Amtspflicht nicht möglich sei, arg. § 178 GVG., § 162 StPO. Dagegen sei die in der Rechtslehre vielfach vertretene Ansicht, daß den Behörden außerdem und schon kraft ihrer Amtsaufgabe die An-

[1]) Heinze im Gerichtssaal Jahrg. 1862 Bd. 14 S. 452: „Das salus rei publicae suprema lex esto ist selbst in der Politik ein zweischneidiger und gefährlicher Grundsatz; die Verpflanzung auf das Gebiet des Rechts verträgt er entschieden nicht."

[2]) In Uebereinstimmung mit Wach bezeichnet Heldmann in der Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 412 die Meinung, daß aus der Befugnis des Richters zur Augenscheinseinnahme die Pflicht zu deren Duldung folge, als — wenigstens für den Zivilprozeß — unrichtig.

wendung von Zwang zustehe, um eine Mitwirkung der Personen für die Förderung öffentlicher Zwecke zu erzielen, also ein Zwang, der auf die Entfaltung der Willenstätigkeit abziele, zu verwerfen.

Der erste, der unter der Herrschaft der Reichsstrafprozeßordnung gegen die hergebrachte Meinung, daß das Gesetz, indem es dem Richter das Recht eingeräumt habe, taugliche Gegenstände zum Objekte der Beaugenscheinigung zu machen, damit eo ipso auch die Pflicht, den Augenschein zu dulden, auferlegt habe, auftrat, war John in seiner StPO. für das Deutsche Reich 1884. Ihm schloß sich Frank in seiner Kritik des reichsgerichtlichen Erkenntnisses vom 8. Juli 1889 — oben: Anhang — enthalten in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 12 Jahrg. 1892 S. 333, an.

Derjenige, welcher dann die gegnerische Lehre förmlich ausbaute, dabei insbesondere die einschlagenden staatsrechtlichen Grundsätze verwertete, war Beling in der vorbezeichneten Zeitschrift Bd. 15 Jahrg. 1895. In dem von ihm in 2. Auflage herausgegebenen Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts von Benecke 1900 und in der von ihm gelieferten Bearbeitung des Strafprozeßrechts in v. Holtzendorffs Enzyklopädie, 6. Auflage 1904, blieb Beling seiner Anschauung treu. Der neueste Verfechter der Belingschen Lehre ist Rosenfeld — Der Reichsstrafprozeß, 2. Aufl. 1905 S. 258 ff. insbes. Anm. 4.

Die Meinungen Johns und Belings sollen im folgenden zur näheren Darstellung gebracht werden. Frank und Rosenfeld bringen keine neuen Argumente[1]).

b. John:

Dieser Schriftsteller hat — a. a. O. Bd. I S. 718 ff. — zunächst die in Betracht kommende Frage richtig gestellt: „Besteht eine allgemeine Pflicht — abgesehen von den Fällen der ‚Durchsuchung‘ §§ 102, 103 StPO. —, die Augenscheinseinnahme zu dulden? In welcher Weise kann die Augenscheinseinnahme gegen eine renitente Person erzwungen werden, falls es an den Voraussetzungen der ‚Durchsuchung‘ fehlt?"

Auf diese Frage gibt es aber nach John keine andere Antwort als den Hinweis auf StPO. §§ 94 ff., insoweit diese Vorschriften auch von Augenscheinsobjekten handelten. „Damit sei die Sache zu Ende." Davon, daß, wie die herrschende Meinung wolle, die Duldungspflicht stillschweigend darin begründet sei, daß das Gesetz das Mittel der richterlichen Augenscheinseinnahme zur Erforschung der Wahrheit für zulässig erklärt habe, könne keine Rede sein; denn Verpflichtungen, die einen Eingriff in die persönliche Freiheit enthielten, pflegten nicht stillschweigend sondern ausdrücklich begründet zu werden; so habe z. B. das Gesetz für notwendig befunden, die Verpflichtung des Zeugen und Sachverständigen ausdrücklich festzustellen und die einschlägigen Zwangsmittel zu bestimmen (§§ 69, 77 StPO.). Beim Augenschein sei dies nicht geschehen.

c. Beling:

Dieser Schriftsteller hat zum ersten Male den Standpunkt der herrschenden Lehre von allen Seiten beleuchtet und einer kritischen Würdigung unterzogen. In seinem Aufsatze: „Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel", enthalten in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Jahrg. 1895 Bd. 15 S. 471 ff., begründet er seine Anschauung, daß es zwar ein Recht des Richters sei, wie jedes in körperliche Erscheinung tretende Ding so auch die Substanz des Menschen in Augenschein zu nehmen, daß aber — abgesehen von dem besonderen Ausnahmefall einer mit der Besichtigung zusammenfallenden oder solche erst ermöglichenden „Durchsuchung" im Sinne des § 102 StPO. — eine allgemeine Pflicht, sich dem Augenschein zu unterwerfen, nicht bestehe, in folgendem Gedankengang:

1. Man müsse auch im Strafverfahren streng unterscheiden zwischen der beweisrechtlichen Statthaftigkeit der körperlichen Besichtigung einerseits und der Pflicht, solche zu dulden, anderseits. Erstere sei keineswegs durch das Vorhandensein der letzteren bedingt. Das Gericht könne beispielsweise die Ladung und Vernehmung eines nach § 51 StPO. von der Zeugnispflicht Befreiten beschließen, ebenso auch die körperliche Untersuchung eines Menschen anordnen, unbekümmert darum, ob der Geladene, der zu Besichtigende gehalten sei, sich der Anordnung zu fügen oder nicht. Die in den §§ 102 und 103 StPO. gezogenen Schranken hätten lediglich zugunsten der betroffenen Person Geltung. Willige sie ein, so könne grundsätzlich alles mögliche mit ihr vorgenommen werden.

Aus dem richterlichen Untersuchungsrechte allein könne also — entgegen der herrschenden Meinung — keinerlei Schluß auf eine entsprechende Duldungspflicht gezogen werden. Der Satz: „Was die Behörden legalerweise von den Privatpersonen verlangen, das müssen diese unweigerlich tun bzw. dulden oder unterlassen", existiere nicht, was vom Gesetze implicite schon damit anerkannt worden sei, daß es z. B. die ausdrückliche Festsetzung der Zeugnis-, Experten- und Editionspflicht für notwendig erachtet und sich nicht mit der bloßen Normierung der richterlichen Zulässigkeit begnügt habe.

2. Die Duldungspflicht sei auch durchaus nicht etwa als Ausfluß der dem Staate zustehenden „Justizhoheit", der staatlichen Autorität

[1]) Haberstumpf — Justizdienstliche Rundschau Bd. 3 S. 243 — scheint ebenfalls eine absolute Augenscheinduldungspflicht nicht anzuerkennen.

in Justizsachen oder als Konsequenz der Macht richterlicher Anordnung zu betrachten. „Justizhoheit" sei begrifflich nur eine nicht scharf umgrenzte Abstraktion = Handhabung der Rechtsgewalt im Staate, die erst durch das positive Recht ihren Inhalt empfange. Die „richterliche Anordnung", „Autorität" sei ihrem Wesen nach nur der Abglanz der staatlichen Justizhoheit, daher auch nur ein „Begriff" mit einem nach Zeit und Ort sehr verschiedenen Umfang.

Uebrigens enthalte das „autoritative Soll" für den Adressaten nicht immer ein „Muß", sondern häufig nur eine Instruktion für den Beamten. Aber auch die imperative Intention als solche erzeuge noch keine Duldungspflicht, wenn diese nicht im Gesetze Ausdruck gefunden habe.

3. Das Argument, daß die Duldungspflicht für die Zwecke des Strafverfahrens unentbehrlich sei, könne man nur de lege ferenda gelten lassen.

4. Ebensowenig existiere der Satz, daß jeder Staatsbürger mit Leib und Seele für die Erreichung der Staatszwecke tätig sein, daher auch eine für nötig befundene körperliche Besichtigung ertragen müsse. Die „Staatsbürgerpflicht" sei eine „allgemeine Floskel", die ihren körperlichen Inhalt auch wieder nur durch das positive Recht erhalten könne.

Nur eine positive Gesetzesbestimmung könne die Duldungspflicht begründen.

5. Diese Gesetzesbestimmung könne nur ausdrücklich getroffen, nicht dagegen im Wege der Interpretation — Analogie — in das Gesetz gebracht werden; denn

a) die körperliche Untersuchung enthalte einen schweren Eingriff in das dem Menschen in erster Linie selbst zustehende Recht der freien Verfügung über den eigenen Körper, das, wenn nicht ein förmliches Recht, so doch eine res merae facultatis, ein Recht der natürlichen Freiheit sei. Der Eingriff in dieses Recht stelle eine Regelwidrigkeit dar, vertrage also bekannten Rechts eine Begründung per analogiam nicht.

b) Diese natürliche Verfügungsmacht des Menschen über seinen Körper sei überdies staatsgrundgesetzlich in die feste Form eines sog. „Grundrechts" gegossen, z. B. in Art. 5 der preußischen, in § 8 Titel IV der bayr. Verfassungsurkunde, wo jedem Einwohner „Sicherheit seiner Person" garantiert sei. Aehnliche Bestimmungen enthielten die übrigen Verfassungen. Damit sei das Verbot jeglicher Eingriffe in dieses Rechtsgut festgelegt, weshalb ein solcher Eingriff, um zulässig zu sein, unzweideutig reichs- oder landesrechtlich sanktioniert sein müsse.

c) Eine solche ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung werde auch nicht dadurch entbehrlich, daß man mit v. Kries — Lehrbuch S. 410 — zum Nachweis einer vom Gesetze — wenngleich nur stillschweigend — anerkannten Duldungspflicht die legislatorische Entwicklung der Grundsätze unserer StPO. zu Hilfe nehme, denn die vom genannten Schriftsteller angezogenen älteren Gesetze — preuß. Krim.Ordn. vom 11. Dezember 1805 §§ 145, 146, württemb. StPO. vom 22. Juni 1843 Art. 94, 112, 113 uff. — enthielten kein Wort von einer Duldungspflicht. Diese Bestimmungen hätten vielmehr — gleich den §§ 86 ff. StPO. — nur beweisrechtliche instruktionelle Bedeutung.

Beling kommt zu dem Schlusse: „Es gab, als die StPO. für das Deutsche Reich geschaffen wurde, keinen allgemeinen partikularrechtlichen Rechtssatz, demzufolge irgendwelche Pflicht zur Duldung einer körperlichen Untersuchung im Strafverfahren bestanden hätte. Es kann also auch den Redaktoren nicht im Sinne gelegen haben, einen derartigen Rechtssatz zu konservieren." Hätten übrigens die Redaktoren solches im Sinne gehabt, so könnte doch für uns nur maßgebend sein der § 6 des EG. zur StPO.

d) Auch aus der Zeugnis- und Editionspflicht könne die Verbindlichkeit, den Augenschein am eigenen Körper zu dulden, nicht gefolgert werden. Die Zeugnispflicht habe einen ganz anderen Inhalt; die Pflicht zur Edition beziehe sich nur — arg. §§ 94, 95 StPO. — auf Sachgegenstände, also nicht auf Menschen und ein Schluß per analogiam verbiete sich deswegen, weil sich regelwidrige Sätze, zu denen, wie bereits hervorgehoben, die Pflicht zur Duldung der körperlichen Besichtigung gehöre, der Begründung durch Analogie entzögen.

6. Auch aus der Nichtanerkennung eines Entschädigungsanspruchs als Aequivalent für die Duldung des Augenscheins insbesondere der körperlichen Untersuchung, während anderseits dem Zeugen und Sachverständigen ein solcher Anspruch ausdrücklich eingeräumt worden sei, sei ein Schluß darauf gerechtfertigt, daß das Gesetz eine solche Duldung nicht habe vorschreiben wollen.

C. Kritik der abweichenden Meinungen:

a. Spezieller Rechtstitel als Erfordernis der Duldungspflicht.

Unbedingt beizupflichten ist den Vertretern der abweichenden, die absolute Duldungspflicht verwerfenden Meinung insoweit, als sie die landläufigen von der herrschenden Meinung für diese Pflicht angeführten Gründe:

> Daß man im Interesse der Förderung des Prozeßzweckes — Ermittlung der materiellen Wahrheit — der körperlichen Besichtigung nicht entraten könne und
>
> daß der richterlichen, auf dem Gesetze fußenden Anordnung allein schon kraft der ihr als dem Ausflusse der „Justizhoheit",

„Justizgewalt" innewohnenden Autorität von den Untertanen, die gleich den Behörden an der Erhaltung und Förderung des Staatswohles mittätig zu sein hätten, Gehorsam geschuldet werde,

als verfehlt und zur Begründung der in Frage stehenden Pflicht ungeeignet bezeichnen.

Mit solchen Gründen könnte man allerdings, wie Frank a. a. O. — oben II B a — richtig bemerkt, schließlich alles rechtfertigen und das Gesetz entbehrlich machen. Braucht es weiter nichts, als den Appell an die Staatsraison, dann freilich bietet die Beantwortung der Frage, die uns hier beschäftigt, gar keine Schwierigkeit. Der Richter ordnet einfach die körperliche Besichtigung an; er darf es nach § 86 StPO. — also: hat sie der Beschuldigte, der Zeuge zu dulden! Dann aber hat man auch nicht nötig, auf halbem Wege stehen zu bleiben. Glaubt der Richter, um der Sache besser auf den Grund zu kommen, die körperliche Besichtigung etwas intensiver gestalten zu müssen, dann wird er dem Manne zu Agnoszierungszwecken den Bart abnehmen, ihn durchleuchten, nach Bertillon messen lassen; schließlich wird er, wenn es der Untersuchungszweck erfordert, ihm ein Brechmittel eingeben, an ihm eine Operation vornehmen lassen usw. Alles dieses müßte sich der Mann gefallen lassen. Denn . . . der Untersuchungszweck erfordert es! Damit käme man auf den Satz der l. 2 D. de jurisd., der s. Zt. im gemeinen deutschen Inquisitionsprozesse maßgebend war und da auch seine Berechtigung hatte: „Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest"[1]). Mit solchen Mitteln, nach derartigen Grundsätzen arbeitet der moderne Strafrichter nicht mehr. —

1. Was ist „Justizhoheit"? „Handhabung der Rechtsgewalt im Staate" — v. Rönne, Das Staatsrecht der preuß. Monarchie Bd. I S. 183; „Handhabung der Rechtsordnung" — Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht 3. Aufl. Teil II S. 203. Die „Rechtsgewalt" begreift in sich

a) im weiteren Sinne: das Recht der Gesetzgebung in Justizsachen,

b) im engeren Sinne: das Recht der Rechtspflege, richterliche Gewalt, d. i. die rechtliche Macht, das Recht nach den Gesetzen in Geltung zu erhalten. Diese Macht äußert sich in einer zweifachen Funktion:

α) als Rechtsfindung oder Rechtsprechung;

β) als Gerichtsherrlichkeit d. i. die Befugnis, die zur gerichtlichen Erledigung der Rechtssachen erforderlichen Maßregeln und Anstalten zu treffen und den Urteilsspruch zu vollziehen[2]). „Justizhoheit" und „Richterliche Gewalt" haben also das bestehende Gesetz zur Grundlage; ihre Macht reicht nur soweit, als die geltende Rechtsordnung die Grenzen zieht, in der lex lata erschöpft sich der Inhalt der Rechtsgewalt; losgelöst vom bestehenden Gesetze — ist „Justizhoheit" Begriff, Form. Belings Verdienst ist es, mit Nachdruck auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen zu haben. Der Schluß: Der Richter hat als Träger der Justizgewalt das Recht, eine von ihm in gesetzlich zulässiger Weise angeordnete körperliche Besichtigung erforderlichenfalls zu erzwingen, enthält eine nackte petitio principii; denn darum, was „Justizgewalt" ist, welchen Inhalt sie hat, welche Befugnisse sie verleiht, dreht sich ja eben der Streit! Es ist nur eine andere Version des gleichen verfehlten Grundgedankens, wenn das Reichsgericht in seinem Urteile vom 11. Juni 1886 — oben Anhang — die Pflicht zur Duldung der körperlichen Untersuchung mit dem Argumente stützt:[1]) „daß mit der Berechtigung zu dem Akte den Organen der Strafrechtspflege auch die Befugnis zur Ueberwindung eines entgegengesetzten Widerstandes gegeben sei", und dabei als ausschlaggebend die „Stellung, die der einzelne der staatlichen Strafgewalt gegenüber einnimmt", bezeichnet. Welches Recht räumt denn das bestehende Gesetz der „staatlichen Strafgewalt" ein? Das ist ja eben die kritische Frage! Und diese Frage muß zuvor gelöst sein, ehe man sich für oder wider die Duldungspflicht entscheiden kann; denn . . . „ein absolutes richterliches Inspektionsrecht existiert nicht" . . . so mit Recht Wach a. a. O.

Uebrigens findet die hier bekämpfte Anschauung ihre beste Widerlegung in unserer StPO. selbst. Nach § 159 hat im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft und die Polizeibehörde das Recht, zeugschaftliche Vernehmungen jeder Art zu pflegen, auch Beschuldigte zu verhören. Es hat nun allerdings nicht an Stimmen gefehlt, welche mit der nämlichen Logik — „das Recht als solches verleiht Zwangsbefugnis"[2]) — dem Staatsanwalt und der Polizei das Recht zusprachen, Vernehmungen und Verhöre geforderten-falls zu erzwingen. So lehrten: Dalcke a. a. O. S. 45, 92; Fuchs in v. Holtzendorffs Handbuch S. 448; Puchelt a. a. O. S. 125. Allein — diese Ansicht kann als überwunden gelten, vgl. Löwe a. a. O. S. 481; Glaser in seinem Handbuch Bd. II S. 362; Benecke-Beling, Handbuch S. 470; dazu Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 9 S. 433, Bd. 13 S. 426; sie hat in der Praxis wohl kaum mehr Anhänger. Staatsanwaltschaft und Polizei können nach § 159 vernehmen und verhören; aber es ist ihnen keinerlei Zwangsgewalt verliehen; diese hat nur der Richter, der Staatsanwalt ausnahmsweise nur dann, wenn sie ihm vom Gesetze ausdrücklich verliehen ist.[2])

[1]) Geyer, Lehrbuch S. 207 u. 551 f.

[2]) v. Rönne a. a. O.; Zachariä a. a. O.

[1]) Vgl. die treffende Kritik, die v. Kries an diesem Urteile übt, in dessen Lehrbuch S. 410 Anm. 2.

[2]) Als Beispiel einer vom Gesetze — ohne Zwangsgewalt — verliehenen Befugnis führt La-

Wir kommen zu dem Ergebnis: **Nur eine gesetzliche Bestimmung — nicht** dagegen das **bloße Recht** zur Besichtigung — vermag eine Duldungspflicht zu erzeugen. (Vgl. **Heldmann** a. a. O. S. 412.)

Seydel — Bayer. Staatsrecht Bd. III² S. 614 ff., Bd. I S. 560 f. — steht auf dem gleichen Standpunkt, wenn er bei Darstellung des „staatlichen Zwangsrechts gegen die Person" zunächst den Gedanken ausführt, daß selbstverständlich durch ein Gesetz, welches im gehörigen Wege vorgehe, die Willens- und Handlungsfreiheit der einzelnen in beliebiger Weise eingeschränkt werden könne. Aber eben dieses **Gesetz** ist nach Seydel die unerläßliche Voraussetzung; denn „der Verfassungsstaat kennt nur ein Recht zu **gesetzmäßigem** Befehl und eine Pflicht zu **gesetzmäßigem** Gehorsam"[1].

2. Daß die „Allgemeine Bürgerpflicht zur Mitwirkung an den Staatszwecken" und die „Unentbehrlichkeit für die Rechtspflege" einen solchen „bestimmten Rechtstitel" **nicht** darstellen, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung. Erstere ist, wie Beling a. a. O. S. 488 mit Recht sagt, eine „allgemeine Floskel, die ihren körperlichen Inhalt auch wieder nur durch das **positive** Recht erhalten kann"; letztere ließe sich allenfalls de lege ferenda hören; dagegen ist es selbstverständlich unangängig, das positive Recht „durch angebliche Rücksichten der Praktikabilität zu korrigieren oder zu ergänzen." (Beling a. a. O. S. 487.)

So sehr wir nun einerseits den Vertretern der abweichenden Meinungen darin beistimmen, daß eine Duldungspflicht ohne speziellen Rechtstitel niemals anerkannt werden kann, — eine **ausdrückliche, im Wege der Interpretation**, insbesondere des Nachweises durch Analogie **nicht** zu gewinnende Gesetzesbestimmung glauben wir dagegen nicht verlangen zu dürfen.

b. **Ausdrückliche Gesetzesbestimmung — Erfordernis der Duldungspflicht?**

1. Beling operiert mit dem — nach seiner Meinung sogar grundgesetzlich verbrieften — Rechte des Individuums, frei über seinen Körper zu verfügen. Diese freie Verfügung sei die **Regel**, wenn nicht ein förmliches subjektives Recht, so doch ein Naturrecht, das Recht der natürlichen persönlichen Freiheit. Der Satz, daß jemand einen behördlichen Eingriff in dieses Personalrecht zu dulden habe, sei **regelwidrig**, erheische daher gesetzliche Statuierung expressis verbis; nicht dagegen könne eine solche Duldungspflicht implicite, stillschweigend oder per analogiam zur Entstehung gelangen.

Welcher Art ist denn nun das Recht des Menschen über seinen Körper?

Gareis: — Das Recht am menschlichen Körper. 1890 — konstruiert es als ein „Persönlichkeitsrecht", als das „Recht — **Privatrecht** — auf körperliche und geistige Integrität und Betätigung"[1]. Folgerichtig läßt Gareis dieses Recht als vom Schutze des § 823 BGB.: „Wer . . . ein sonstiges Recht eines anderen verletzt" mitumfaßt sein; denn unter diesen „sonstigen Rechten" sind — wenigstens nach der überwiegenden Ansicht — (vgl. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Bd. 1 S. 596, Planck, Komm. zum BGB. Bd. 2 S. 608) nur **Privatrechte** zu verstehen.

Auch **Endemann** in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Bd. 1 S. 908 f. unterstellt alle „Persönlichkeitsrechte" dem Schutze des § 823, allerdings nicht als „Privatrechte", sondern auf Grund der von ihm vertretenen Auslegung des Begriffs „sonstige Rechte", unter denen er die „gesamte unter den Schutz des öffentlichen Rechts gestellte persönliche Rechtssphäre des einzelnen" begreift. Nach seiner Auffassung erfüllt jeder Eingriff, der sich gegen das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder ein sonstiges Persönlichkeitsrecht richtet, den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823.

Allein die Theorie der Persönlichkeits-, Individualrechte ist noch **sehr umstritten**; insbesondere sind sie als **Privatrechte**, überhaupt als subjektive Rechte noch keineswegs allgemein anerkannt. **Cosack** a. a. O. S. 596 f. bezeichnet die ganze Theorie als noch nicht spruchreif und verwirft deshalb diese Persönlichkeitsrechte als wirkliche subjektive Rechte im Sinne des § 823. Ihm hat sich das Reichsgericht in seinem Urteile vom 29. Mai 1902 — Entsch. Bd. 51 S. 373 — angeschlossen; vgl. auch Urteil vom 6. März 1902 in der Beil. zur Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1902 S. 228.

Solange aber überhaupt nicht feststeht, ob diese sogenannten „Persönlichkeitsrechte" als wirkliche subjektive, von der Rechtsordnung als solche anerkannte, ausgestaltete und umschriebene Rechte zu gelten haben — vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 51 S. 373 —, kann natürlich auch von einem **Eingriff** in ein absolutes Recht keine Rede sein.

---

band, Staatsrecht, 4. Aufl. Bd. 3 S. 462 die dem Reichskonsul nach § 20 des Konsulatsgesetzes verliehene Befugnis zur Vernehmung von Zeugen an. Vgl. auch Spohr in Goltdammers Arch. Bd. 52 S. 291 f.

[1] Auch Wilmowski-Levy, Komm. z. ZPO., 5. Aufl. Bd. I S. 449 f. und Sarwey, ZPO. Bd. I S. 492, ferner die Erkenntnisse in SeuffArch. Bd. 49 Nr. 162 und Bd. 53 Nr. 127 vertreten hinsichtlich des zivilprozessualen Augenscheins denselben Grundsatz.

[1] Gareis sind Gierke in v. Holtzendorffs Enzyklopädie S. 475 und Kohler ebenda S. 587 gefolgt, in neuester Zeit auch Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs Bd. I S. 49. Dernburg spricht vom „Rechte der Persönlichkeit = dem Rechte auf Wahrung der sozialen Stellung des einzelnen".

Allein, selbst angenommen, man habe in diesen „Persönlichkeitsrechten" wahre Privatrechte zu erblicken, mit welchem Rechte würde man dann verlangen können, daß diesen Rechten unter Bevorzugung vor anderen Privatrechten ein besonderer, erhöhter gesetzlicher Schutz zuteil werde? Wo steht dieser Rechtssatz? Gierke und Kohler a. a. O. führen die Persönlichkeitsrechte neben den Sachenrechten und den Schuldverhältnissen an; Gierke sagt ganz allgemein, daß zu den Persönlichkeitsrechten vor allem das Recht auf leibliche Unversehrtheit gehöre, daß Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, soferne nicht ein Eingriffsrecht bestehe, Privatrechtsverletzungen — § 823 BGB. — seien, daß aus den Verletzungen privatrechtliche Ersatzansprüche entsprängen.

Dernburg a. a. O. S. 48 f. spricht unter dem Rubrum: „Klassifikation der Privatrechte" von „Vermögensrechten" und „Rechten der Persönlichkeit". Kurz gesagt: Das „Persönlichkeitsrecht" ist ein Recht wie jedes andere, unterliegt insbesondere der Beschränkung auf dem gewöhnlichen gesetzlichen Wege; eine solche Beschränkung braucht also nicht expressis verbis ausgesprochen zu sein.

Noch weniger kann man dieses dann fordern, wenn man das Recht der Verfügung über den Körper mit Beling eventuell als res merae facultatis d. i. als eine Betätigung der natürlichen und bürgerlichen Freiheit anzusehen hat.

Einschränkungen des Menschen in der Herrschaft über seinen Körper sollen nach Beling als Abweichungen von der zunächst liegenden Auffassung eines besonderen Titels bedürfen.

Gewiß, dagegen richtet sich auch keineswegs unsere Opposition; was wir bekämpfen, ist lediglich der Satz, daß das Recht des Menschen zur freien Verfügung über seinen Körper unter einem ganz besonderen erhöhten gesetzlichen Schutze stehe, so zwar, daß Einschränkungen dieses Rechts nicht wie andere Rechtsbeschränkungen auf dem hergebrachten Wege, allenfalls also auch durch Auslegung eines expressa verba nicht gebrauchenden Gesetzes Geltung erlangen könnten. Das „Recht auf körperliche und geistige Integrität" hat — vorausgesetzt, daß es überhaupt ein Privatrecht ist — vor anderen Privatrechten nichts voraus und ist es „res merae facultatis", dann kann es einen höheren Schutz als wirkliche Rechte auch nicht beanspruchen[1]).

Oder doch?

2. Beling behauptet es, weil die natürliche Verfügungsmacht des Menschen über seinen Leib in Deutschland „staatsgrundgesetzlich in die feste Form eines sogenannten Grundrechts gegossen sei". Nun ist richtig: Die Verfassungsurkunden der deutschen Bundesstaaten enthalten unter ähnlichen Ueberschriften wie: „Von den Rechten der Preußen", „Von allgemeinen Rechten und Pflichten", Bestimmungen des Inhalts: „Die persönliche Freiheit, Sicherheit, Unverletzlichkeit ist gewährleistet". Art. 5 Tit. 2 der preuß. VerfUrk. vom 31. Januar 1850 „gewährleistet die persönliche Freiheit" und „behält die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Einschränkung derselben zulässig ist, dem Gesetze vor". Die bayer. VerfUrk. vom 26. Mai 1818 Tit. 4 § 8 „gewährt jedem Einwohner Sicherheit seiner Person, seines Eigentums und seiner Rechte". Dem Inhalte nach gleiche Bestimmungen enthalten die VerfUrk. von Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen u. a.

Es gab nun allerdings eine Zeit, welche in diesen „Freiheits- oder Grundrechten" wirkliche subjektive Rechte der einzelnen erblickte, Rechte, welche der Staatsangehörigkeit erflössen. Diesen Standpunkt vertrat noch Pözl in seinem bayer. Verfassungsrecht, 5. Aufl. 1877 S. 79 ff. Zachariä allerdings hatte bereits im Jahre 1868 — Handbuch des deutschen Strafprozesses Bd. 2 S. 167 — sich nicht verhehlt, daß diese „Grundrechte" in der Form, in der sie Aufnahme in die preuß. VerfUrk. gefunden, „keine besondere rechtliche Bedeutung hätten".

Pözls Lehre findet zwar auch heute noch Vertreter[1]), kann aber seit Laband und Seydel nicht mehr als die herrschende gelten. Seydel a. a. O. Bd. I S. 571 f. charakterisiert diese „Rechte" in folgenden Sätzen: „Diese angeblichen Rechte sind Normen des Handelns der Regierungsgewalt, aber keine Rechte der einzelnen Staatsangehörigen; es kommt in ihnen nur der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, daß niemand, also auch keine Behörde ohne Rechtsgrund in die Rechts- und Handlungssphäre eines anderen eingreifen darf. Die rechtliche Bedeutung, welche derartige Erklärungen . . . in den Verfassungsurkunden haben, besteht darin, daß sie nicht etwa persönliche Rechte der Staatsangehörigen begründen, sondern darin, daß sie der Gesetzgebung die Pflicht auferlegen, eine allenfallsige Beschränkung der individuellen Freiheit nur auf dem Wege der Verfassungsänderung zu statuieren." In der

[1]) Rupp, Der Beweis im Strafverfahren 1884 S. 266 f., auf den sich Beling beruft, spricht von einem Anspruch, den der einzelne vermöge eines natürlichen Gefühls darauf erhebt, innerhalb der intimeren Umgebung seiner Person, so in seiner Häuslichkeit, in seinen Sachen, an seinem Körper von dem Eingriff und Einblick fremder Personen nicht behelligt zu sein. Dieser Anspruch habe bis zu einem gewissen Grade auch rechtliche Anerkennung und Garantie gefunden. Rupps weitere Ausführungen gipfeln darin, daß eine Verletzung dieses Anspruchs nur unter der Voraussetzung, daß sie das Gesetz gestatte, zulässig sei.

Nun — das ist auch unser Standpunkt.

[1]) Laband a. a. O. Bd. I S. 138 Anm. 2.



Sache mit Seydel übereinstimmend — Laband a. a. O. Bd. I S. 138 f.

Derartige Verfassungsbestimmungen wollen also nur besagen, daß in Zukunft ein *Eingriff in die persönliche Freiheit und Sicherheit* der Staatsangehörigen *nur dann erfolgen dürfe, wenn er durch ein Gesetz gerechtfertigt sei.* Das ist aber nichts Besonderes, gilt auch vom Eigentum, wie überhaupt von jedem Recht. Darüber, *wie* ein solches Gesetz beschaffen sein müsse, sagen diese Verfassungsbestimmungen nichts; *es bleibt demnach bei den anerkannten Regeln der Gesetzesinterpretation.* Folgt man anderen Staatsrechtslehrern, dann wird man diese Verfassungssätze überhaupt als *inhalts- und bedeutungslos* ganz beiseite lassen müssen. *Zorn* in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts 1890 Bd. II S. 344 spricht „*von jenen allgemeinen Redensarten, den sog. Grundrechten*, die in keinem Artikel geltendes unmittelbar anwendbares Recht enthielten". *Anschütz* in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 6. Aufl. 1904 Bd. II S. 534 ff. gibt diesen „Grundrechten" als einzigen Inhalt: Die Unterlassung jedes gesetzlich nicht zugelassenen Eingriffs in die persönliche Freiheit und meint, in diesem Sinne gebe es nur ein „Grundrecht": *Das Recht auf Unterlassung gesetzwidrigen Zwangs.* Am radikalsten verfährt *Bornhak* — Preuß. Staatsrecht 1888 Bd. I S. 276; er erklärt das ganze Grundrecht des Art. 5 der preuß. VerfUrk. — vgl. oben — kurzweg als durch das Reichsrecht *aufgehoben.*

Für *Bayern* speziell kommt noch folgendes in Betracht: Was sind in Bayern „*konstitutionelle Rechte*", deren Verletzung nach Tit. 7 § 21 und Tit. 10 § 5 der Verfassungsurkunde den Gegenstand einer „Verfassungsbeschwerde" bilden könnte? Hierüber waren Staatsregierung und Landtag lange Zeit uneinig. Erstere vertrat den Standpunkt, daß „konstitutionelle Rechte" nur jene seien, welche *unmittelbar* in der Verfassung oder in einem Verfassungsgesetze begründet wären. Die Kammern dagegen — die der Reichsräte bis 1875/76 — erachteten dafür, daß auf Grund des Tit. 4 § 8 der Verfassungsurkunde überall da eine Beschwerde wegen Verletzung eines konstitutionellen Rechts anzunehmen sei, wo über einen Eingriff in „die Sicherheit der Person, des Eigentums oder sonstiger Rechte" geklagt werde. Die Staatsregierung machte hingegen geltend, daß der Abs. I des § 8 Tit. 4 seinen gesamten Inhalt authentisch durch die folgenden Absätze erhalte, daß daher *nur* die in den Absätzen II, III und IV aufgeführten Rechte „*konstitutionelle Rechte*" seien.

Die Auffassung, wie überhaupt der ganze Standpunkt der Staatsregierung ist richtig, wie evident Seydel a. a. O. Bd. 2 S. 35 ff., 83 ff., 89, 94 ff. nachgewiesen hat, dem sich Piloty. Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern S. 42 Anm. 1, anschloß. Hiernach ist in *Bayern* das Recht des Menschen zur freien Verfügung über seinen Körper ein konstitutionelles, durch Verfassungsbeschwerde geschütztes Recht *nicht*; denn weder die Verfassung noch ein Verfassungsgesetz kennt dieses Recht.

Man kann sonach das Erfordernis *ausdrücklicher* gesetzlicher Regelung eines die Beschränkung des freien Verfügungsrechts über den eigenen Körper bezweckenden Verhältnisses aus der Natur dieses Verfügungsrechts als eines verfassungsmäßig garantierten Grundrechts ebensowenig wie aus dem „Persönlichkeitsrecht" unter 1. ableiten.

3. Warum hat nun aber unsere StPO. für nötig befunden, in bestimmten Fällen nicht bloß das *Recht* des *Richters* zur Vornahme einer Handlung, sondern auch die *Pflicht* zur Unterwerfung unter die richterliche Anordnung *ausdrücklich* festzusetzen — arg. §§ 50, 69, 77, 95? Auch damit läßt sich für Belings Ansicht nichts beweisen.

Unsere StPO. hat *grundsätzlich nur dem Richter*[1]) Zwangsgewalt verliehen — von einigen, durch besondere Verhältnisse gerechtfertigten, namentlich bezeichneten Ausnahmefällen abgesehen. Dieser Satz steht unbestritten fest, vgl. Benecke-Beling a. a. O. S. 158, Rosenfeld a. a. O. S. 253, v. Kries, Lehrbuch S. 281, Schwarze a. a. O. S. 174, Rupp a. a. O. S. 207, Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht S. 312. Je nach der Art des zu erzwingenden Verhaltens ist der Zwang entweder ein direkter, *physischer* oder ein indirekter, *psychologischer*, vis absoluta — vis compulsiva. Ersterer erzwingt ein „Unterlassen", „Dulden" — letzterer ein „Handeln". Vgl. Binding, Normen, 2. Aufl. S. 490, v. Stengel a. a. O. Bd. 2 S. 1008.

Das Mittel des unmittelbaren, physischen Zwangs ausdrücklich zu erwähnen, hatte die StPO. keine Ursache. Dies war überflüssig. Wenn eine behördliche Anordnung ihrer Natur nach erzwingbar ist und sich mit unmittelbarer Gewalt — vis absoluta — durchsetzen läßt, dann ist eben diese Art Gewalt das natürliche, selbstverständliche Zwangsmittel, auch wenn dies im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist. So wenig die StPO. anzugeben brauchte, wie ein Haftbefehl zu vollziehen ist, hatte sie nötig, zu bestimmen, wie die Besichtigung des lebenden menschlichen Körpers erzwungen werden soll. Dies geschieht eben auch mittels physischer Gewalt als dem nächstliegenden, ausreichenden, selbstverständlichen Mittel. Soll dagegen ein „Handeln", z. B. eine Zeugenaussage erzwungen werden, so

[1]) „Er ist der Bewahrer des Schwertes der Obrigkeit . . .", so Rupp a. a. O. S. 207.

kann dies nur durch Einwirkung auf den Willen des zu Zwingenden erreicht werden und deshalb mußte sich der Gesetzgeber darüber aussprechen, in welcher Weise dieser Zwang ausgeübt werden sollte, arg. §§ 50, 69, 77, 95. Gleicher Anschauung: Friedrichs a. a. O. S. 194 ff., Rosenmeyer a. a. O. S. 47.

4. Wenn Beling die Notwendigkeit ausdrücklicher Festlegung der Duldungspflicht daraus deduzieren zu können glaubt, daß das Gesetz bezüglich einer für die Duldung der Augenscheinseinnahme zu leistenden Entschädigung nichts erwähne, während solche für den Zeugen und Sachverständigen ausdrücklich festgesetzt sei — werde doch dadurch die Vermutung nahegelegt, daß das Gesetz eine Pflicht zur Duldung der Augenscheinseinnahme im Gegensatze zur Zeugnispflicht nicht habe anerkennen wollen —, so geht auch dies fehl. Das Schweigen des Gesetzes — in diesem Punkte — hat andere Gründe.

Personen, die zu besichtigen sind, werden, insoweit sie nicht als Täter oder Teilnehmer in Betracht kommen, wohl regelmäßig auch als Zeugen zu vernehmen sein. Nach dem Gesetze — §§ 2 und 5 der GO. f. Zeugen u. Sachverständige — dürfte nichts im Wege stehen, bei Bemessung der Zeugengebühr auch den speziell durch die körperliche Besichtigung erforderten Zeitaufwand miteinzurechnen[1]).

Hinsichtlich der in Augenschein zu nehmenden Sachgegenstände hat es der Gesetzgeber absichtlich vermieden, bezüglich der Frage der Entschädigung wegen gänzlichen oder teilweisen Verlustes Bestimmungen zu treffen.

Dies bezielende Anträge waren in der Kommission sowohl wie bei den Beratungen im Plenum gestellt worden, erfuhren aber hier wie dort Ablehnung, weil man, wie insbesondere von seiten der Regierungsvertreter hervorgehoben wurde, die Frage zur Regelung in einem Prozeßgesetze nicht für geeignet erachtete und deren Entscheidung dem Landeszivilrechte überlassen bleiben sollte[2]). Vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. III S. 650 ff., 1800, 1817, 2067 ff.

5. Beling hat sich schließlich auch gegen den Versuch einer historischen, auf die legislatorische Entwicklung der Grundsätze unserer StPO. gestützten Begründung der Duldungspflicht gewendet. Im Ergebnisse kann ihm auch hier nicht beigepflichtet werden.

In diesem Punkte schließt jedoch die Widerlegung Belings die Verteidigung der herrschenden Lehre in sich, weshalb hierüber des näheren im folgenden zu handeln ist. (Fortsetzung folgt.)

Zur bayer. Gebührennovelle.

Von Landgerichtsrat **Christian Wunderer** in München.

Der Gesetzentwurf, der die Ordnung im Gebührenwesen herstellen soll, ist an den Landtag gelangt. Die neuen Vorschläge bieten nach der rechtlichen Seite hin das meiste Interesse, soweit sie sich auf die vertragsmäßige Auseinandersetzung eines Gesamtguts und auf die Gebührenpflicht einer Mehrheit von Erben beziehen. Ueber diese Sachen ist im Lauf der letzten Jahre viel gestritten worden. Die Mängel des geltenden Gesetzes wurden in dieser Zeitschrift eingehend besprochen.[1]) Anschließend hieran sollen nachstehend die beabsichtigten Aenderungen, bevor sie Gesetz werden, in ihrer Wirkung auf die gebührenrechtliche Praxis näher betrachtet werden.

Nach dem dermaligen System der Gebührenerhebung ist es nicht immer möglich, das fiskalische Interesse mit den Anforderungen von Recht und Billigkeit in Einklang zu bringen. Ein mechanisches Verfahren, wonach ohne Beachtung des Schuldenstandes und der Leistungsfähigkeit der Wert einzelner in den Verkehr gekommener Gegenstände besteuert wird, bringt ohne Zweifel Härten mit sich. An eine allgemeine Gebührenreform ist vorerst nicht zu denken. Man muß sich damit begnügen, für eine solche Erfassung der tatsächlichen Vorgänge zu sorgen, daß ihre wirtschaftliche Bedeutung Zeit und Maß der Gebührenpflicht wenigstens einigermaßen rechtfertigt. Darauf ist mehr Gewicht zu legen als auf die genaue Uebereinstimmung mit der rechtlichen Kon-

---

[1]) Vgl. Glaser, Handb. I S. 464, Rosenmeyer a. a. O. S. 49, der nur darin zu weit geht, daß er für die Augenscheinseinnahme als solche Zeugengebühren — per analogiam — bewilligt.

[2]) Die Anträge betrafen allerdings nur in Verwahrung und Beschlag genommene Gegenstände, für welche die Staatskasse die Haftung übernehmen sollte, doch kommen gerade diese Gegenstände hauptsächlich als Augenscheinsobjekte in Betracht.

Auch die Kommission für die Reform des Strafprozesses — Prot Bd. II S. 281 ff. befaßte sich mit der Frage: ob eine Ersatzpflicht des Staates auch bezüglich derjenigen Nachteile eingeführt werden solle, welche jemand infolge einer ungerechtfertigten Durchsuchung erlitten habe.

Es kam zwar zu keiner Beschlußfassung; doch sprach sich die überwiegende Mehrzahl der Mitglieder gegen die Gewährung einer Entschädigung aus. Man ging dabei von der Erwägung aus, daß der Staat, wenn er die ihm obliegende Aufgabe, seinen Angehörigen Rechtsschutz zu gewähren, wirksam erfüllen solle, zuweilen in die Rechte auch solcher Personen, die sich nachträglich als unschuldig herausstellen, eingreifen müsse. Dies habe sich der einzelne im Interesse der Allgemeinheit, das auch das seinige sei, gefallen zu lassen, ohne daß er eine Entschädigung verlangen könne.

Dieses Argument könnte auch die Nichtgewährung einer Entschädigung für die Duldung des Augenscheins rechtfertigen.

[1]) Vgl. Jahrg. 1 S. 193 ff.: Das Miterbenverhältnis, die eheliche Gütergemeinschaft und das bayer. GebG., von Stelzer; lfd. Jahrg S. 109 ff.: Erbschaftskaufvertrag und die Erbengemeinschaft in der bayer. Gebührenpraxis, von Buhmann.

struktion, die den Umsatz der Vermögenswerte bestimmt. Das Gebiet des Gebührenwesens ist unbeengt von den strengen Regeln des bürgerlichen Rechtes.

1. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht in drei Formen, in der ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft, in der Erbengemeinschaft und der Gesellschaft (§§ 719, 1442, 2033 BGB.). Der Rechtsbegriff des Gesamtguts ist überall der gleiche. Die Gebühr für den Teilungsvertrag ist sehr verschieden, je nachdem den Mitberechtigten vor der Auseinandersetzung Anteilsrechte an den einzelnen Gegenständen des Gesamtguts zugestanden werden oder nicht. Die Novelle geht davon aus, daß es sich bei der Auseinandersetzung nicht um Uebertragung von Anteilen handeln kann. Die Begründung des Entwurfs bemerkt: „Den Gegenstand der Auseinandersetzung des Gesamtguts bildet rechtlich betrachtet das ganze Gesamtgut". Das Oberste Landesgericht war früher derselben Ansicht und hat in vielen Beschwerdesachen die Gebühr aus dem ganzen Wert der zur Teilung gebrachten Gegenstände zugelassen.[1]) Fast in letzter Stunde hat jedoch die oberstrichterliche Rechtsprechung gewechselt. Bei der Abfassung der Regierungsvorlage war davon offenbar noch nichts bekannt. Das Oberste Landesgericht hat nun den Satz aufgestellt: Die Auseinandersetzung kann auch dadurch erfolgen, daß einer der Mitberechtigten seinen Anteil an einem Gegenstand der Gemeinschaft auf den Mitberechtigten überträgt. Demgemäß wurde erkannt, daß für Verträge, durch welche zum ehelichen Gesamtgut gehörige Objekte in das Alleineigentum eines Ehegatten übergehen, nur aus der Hälfte des Wertes dieser Objekte die Gebühr zu erheben ist. Es lag der Fall vor, daß Ehegatten an Stelle der Errungenschaftsgemeinschaft den gesetzlichen Güterstand nach dem BGB. vereinbarten und das gesamte Errungenschaftsvermögen insbesondere die hierzu gehörigen Immobilien als Alleineigentum des Ehemannes erklärten. Aus den Gründen dieser Entscheidung[2]), die wegen ihrer Beziehung zur Gebührennovelle der besonderen Würdigung bedarf, ist folgendes hervorzuheben:

Vor dem Inkrafttreten des BGB. habe sich Theorie und Praxis in den Rechtsgebieten des gemeinen, preußischen und französischen Rechts dahin geeinigt, daß bei der ehelichen Gütergemeinschaft an den zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Sachen Miteigentum nach Bruchteilen anzunehmen sei. Der Unterschied von der gewöhnlichen Rechtsgemeinschaft sei darin erblickt worden, daß das gemeinschaftliche Vermögen während des Bestehens der Gemeinschaft gewissermaßen eine Einheit bilde und infolgedessen die Ehegatten über ihre Anteilsrechte am gemeinschaftlichen Vermögen überhaupt nicht und in Ansehung der einzelnen Gegenstände nur gemeinsam verfügen können. An diese Rechtsgrundsätze habe das BGB. angeknüpft. Von einer allgemeinen Begriffsbestimmung der Gemeinschaft zur gesamten Hand sei abgesehen worden. In § 1442 BGB. sei ausdrücklich anerkannt, daß dem Manne und der Frau „Anteile an den einzelnen Gegenständen" zustehen. Nur diese Vorschrift sei klar und deutlich. Es sei unrichtig, das Gesamtgut als „Gesamteigentum" der Ehegatten im Sinn der Vollberechtigung an den einzelnen Gegenständen zu bezeichnen, weil das BGB. nur „Eigentum" einer Person (Alleineigentum) und „Miteigentum" mehrerer Personen nach Bruchteilen kenne. Der Schwerpunkt der Vorschriften über die Gemeinschaft zur gesamten Hand, die für die verschiedenen Formen im wesentlichen die nämlichen seien, sei in die Beschränkung der Verfügungsmacht des einzelnen Mitberechtigten gelegt. Es sei zu unterscheiden zwischen dem Bestehen, der „Zuständigkeit", des subjektiven Rechtes und der Befugnis des Berechtigten, in Ansehung des Gegenstandes des Rechtes zu verfügen. Nur während der Dauer der Gemeinschaft könne ein Ehegatte über seinen Anteil am ganzen Vermögen und an dessen einzelnen Gegenständen nicht verfügen. Werde die Gemeinschaft beendigt, so werden die Anteilsrechte der Mitberechtigten „aktiv". Sie äußern von jetzt an ihre rechtliche Wirksamkeit, da sie nicht mehr für den Zweck der Gemeinschaft „stillgelegt" sind. Insbesondere lasse sich das beendigte Gemeinschaftsrecht der Mitberechtigten, soferne es nur auf die Bestimmung seines Wertes ankomme, wie bei Bestimmung der Gebühr für rechtsgeschäftliche Verfügungen in Ansehung der gemeinschaftlich gewesenen Gegenstände, rechnerisch in Anteile zerlegen. Die Prüfung der Gesetzesmaterialien stehe der Annahme, daß nach BGB. schon während des Bestehens der Gemeinschaft „Anteile" des Mannes und der Frau auch an den einzelnen Gegenständen des Gesamtguts bestehen und nur die einseitige Verfügungsmacht fehlt, nicht entgegen. Daß die „Anteile" beider Ehegatten gleich seien, folge aus den insoweit auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft anwendbaren Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und aus der Vorschrift des § 1476.[1])

Im Sinne dieser Entscheidung sind jedenfalls unter „Anteilen" immer Bruchteile an Sachen zu verstehen, denn es läßt sich eine Gemeinschaft an Sachen nur denken als eine solche nach Bruchteilen oder als eine solche ohne Teile. Die Begründung des Beschlusses läßt kaum einen Zweifel, daß das Oberste Landesgericht künftig bei jeder Art von Gesamtgutsteilung Bruchteilseigentum der Mitberechtigten anerkennen und hiernach die Bewertung der Verträge vornehmen wird.

Die neue Ansicht, wonach sich die Bedeutung der einschlägigen Vorschriften des BGB. in einem für die Teilhaber bestehenden gesetzlichen Veräußerungsverbot fast erschöpfen würde, stimmt mit der herrschenden Meinung nicht überein. Das Reichsgericht hat sich wiederholt gegenteilig geäußert. Es genügt auf einige Sätze aus reichsgerichtlichen Erkenntnissen zu verweisen: „Gegenstand des Vertrages, der auf Umwandlung des

[1]) Vgl. Stelzer a. a. O. u. die dortigen Zitate.

[2]) Beschl. v. 26. Nov. 05, veröffentlicht in den Bl. f. d. bayr. Finanzwesen, lfd. Jahrg. S. 55 ff.

[1]) Ob überhaupt die Erhebung einer verhältnismäßigen Gebühr berechtigt und die sogen. „Doppelnatur" der Eheverträge zu billigen ist, ist eine Frage für sich. Nach den Motiven der Novelle vom Jahr 1899, den Kammerverhandlungen und der Fassung des Art. 148 scheint es, daß unter Ehevertrag im Sinne des GebG. auch der Vertrag zu verstehen ist, der die Uebertragung des Eigentums unter Ehegatten zum Gegenstand hat Verh. d. Kammer d. Abg. 1898/99 Beil. Bd. 20 Abt. I S. 493, Abt. II S. 776.

Gesamteigentums am Nachlaßgrundstück in Eigentum nach Quoten gerichtet ist, ist die Uebertragung des Eigentums am Grundstück"[1]). „Die Erbengemeinschaft ist ebenso wie die Gesellschaft und die eheliche Gütergemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet, wonach an Sachen und Rechten, die zu dem gemeinsamen Vermögen gehören, keine Anteilsrechte bestehen und daher Verfügungen eines Teilhabers über Anteile an einzelnen Gegenständen nicht möglich sind"[2]). „Der einzelne Gesellschafter steht, wenn er zum Gesellschaftsvermögen gehörige Gegenstände erwirbt, der Gesellschaft gleich einem Dritten gegenüber"[3]). „Für das Rechtsverhältnis nach Beendigung der Gütergemeinschaft findet § 743 Abs. 1 BGB. keine Anwendung, da es sich nicht um eine Gemeinschaft nach Bruchteilen handelt"[4]). — Der Verwaltungsgerichtshof teilt den Standpunkt des Reichsgerichts. Man darf behaupten, daß mit wenigen Ausnahmen auch die Rechtslehre darüber einig ist[5]). Das Oberste Landesgericht kann sich für seine abweichende Auffassung nur auf die Stimmen von Dernburg[6]) und Binder[7]) berufen.

Daß das Gesamtgut auch für das Sachenrecht als eine durchaus selbständige Rechtsbildung anzusehen ist, geht aus den Motiven zum BGB. deutlich hervor. So heißt es Bd. III S. 156: „Bestimmt das Gesetz eine von dieser Ordnung (d. i. von der Gemeinschaft nach Bruchteilen) ganz verschiedene Ordnung der Gemeinschaft, ohne nach Quoten bemessene Anteilsrechte, so liegt hierin nicht eine teilweise, die Ausnahme gegenüber der Regel bildende Modifikation des gewöhnlichen Kommunionsrechtes, sondern ein vollständiger Ersatz desselben durch eine andersartige Regelung." „Es findet nur eine Verfügung aller Teilhaber über das ungeteilte Recht statt." Die Motive zum BGB. haben den Weg, den die oberstrichterliche Rechtsprechung nun eingeschlagen hat, in Erwägung gezogen und die Frage behandelt, ob es nicht konsequent sei, daß jedem Ehegatten nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über die Gemeinschaft (§ 764) die Hälfte zusteht und zwar nicht nur an dem Ganzen sondern auch an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen, wenn der Grund der Verbindung wegfällt d. i. wenn die Gütergemeinschaft aufgelöst wird (Motive Bd. IV S. 402). Es wurde aber bemerkt, daß dies gegen das für das Gesetz angenommene Prinzip verstoße, demzufolge auch nach Beendigung der Gütergemeinschaft das bisherige Gesamtgutsverhältnis fortzubestehen habe. Die Rechtslage der Teilhaber in bezug auf die Gegenstände des Gesamtguts bleibt bis zur Auseinandersetzung unverändert (§§ 736, 1497 Abs. 2 BGB.). Quoten können erst durch die Teilung, die sich mit der ganzen Sache befassen muß, *geschaffen* werden. Der „*rechtlichen*" Begründung der oberstrichterlichen Entscheidung[1]) kann nach alledem nicht beigepflichtet werden. Wenn in Grundbuchsachen an das Oberste Landesgericht die Frage herantritt, ob Auflassung bei Umwandlung von Gesamteigentum in Bruchteilseigentum nach gleichen Quoten der Mitberechtigten notwendig ist, wird gemäß §§ 28, 199 FGG. die Vorlage der weiteren Beschwerde an das Reichsgericht zu erfolgen haben, sofern an den jetzt aufgestellten Rechtsgrundsätzen festgehalten werden will. Es wird sich vielleicht daraus Anlaß ergeben, daß das Oberste Landesgericht zur früheren Ansicht zurückkehrt.

Für die Gebührennovelle besteht jedenfalls die Notwendigkeit, die Bewertung der Gesamtgutsteilung ein für allemal zu regeln. Vom *wirtschaftlichen* Standpunkt aus ist die Anteilsbewertung der einzelnen Gegenstände der Gesamtgutsbewertung vorzuziehen. Hätte man sich nicht durch Rechtsbegriffe bestimmen lassen, wäre alles Gewicht auf die *wirtschaftliche* Bedeutung des Gebührengesetzes und seine diesbezüglichen Absichten gelegt worden, so hätte sich auch nach dem geltenden Gebührenrecht die dem Gesetzeswillen zuwiderlaufende übermäßige Besteuerung der Auseinandersetzungsverträge vermeiden lassen. Bei Erlassung der Novelle im Jahr 1899 war ja ausdrücklich verkündet worden, daß eine Erhöhung der Gebührenlast nicht eintreten solle. In der ersten Beschwerdeinstanz ist manchmal der Versuch gemacht worden, eine solche Handhabung der Gebührenvorschriften durchzusetzen. Der einfachste Weg wäre es, nunmehr für das ganze Gebiet des Gebührenwesens den Satz aufzustellen: „Für die Gebührenbewertung gilt Gesamteigentum als Eigentum nach Bruchteilen in dem Verhältnis, das für die Anteilsberechtigung am Gesamtgut

[1]) RGE. in ZS. Bd. 57 S. 435.

[2]) JW. 1903 S. 205.

[3]) RGE. in ZS. Bd 56 S. 432.

[4]) „Recht" 1905 S. 282. Daß nach der Ausdrucksweise des BGB. unter „Anteilen" nicht Bruchteile gemeint sind, ergibt sich mit aller Sicherheit aus einem Vergleich des § 1345 mit § 1344 des ersten Entwurfs.

[5]) Vgl. die Uebersicht im Beschl. d. VGH. v. 12. Juli 1905, Bl. f. d. bayer. Finanzwesen 1905 S. 237 ff., ferner Beschl. d. VGH. v. 8. Januar 1906, a. a. O. 1906 S. 62.

[6]) In dieser Zeitschr. Jahrg. 1 S. 33, woselbst Dernburg die Ansicht vertritt, daß bei der Umwandlung der Erbengemeinschaft in Sondereigentum der Erben die Auflassung nicht nötig sei. Dernburg pflichtet dabei einer in diesem Sinn ergangenen Entscheidung des OLG. Colmar bei. Dieses Gericht ist aber mittlerweile auch der Ansicht des RG. beigetreten „Recht" 1905 S. 648.

[7]) Die Rechtsstellung der Erben nach BGB., Teil III S. 6 ff.

[1]) Dagegen spricht unter anderem auch die Vorschrift des § 48 GBO. und die ganze Art und Weise, wie die Auseinandersetzung im BGB. und die Zwangsvollstreckung in der ZPO. geregelt ist. Vgl. Begründung der Novelle z. ZPO., Hahn, Mat. Bd. VIII S. 160/161.

maßgebend ist". Nur eine solche Ordnung entspricht dem natürlichen Empfinden des Laien. Wer nicht rechtskundig ist, wird es immer befremdlich finden, wenn auch von der Vermögensquote, die in seiner Hand bleibt, bei der Teilung eine Gebühr erhoben wird. Der Rechtsbegriff des Gesamtguts entspricht nicht der allgemeinen Volksanschauung. Jeder glaubt, auch an den einzelnen Gegenständen des Gesamtguts bestimmte Anteile zu haben. Es ergibt sich dabei allerdings, daß die Gebührenpflicht sehr von der Zahl der an einer Gemeinschaft Mitberechtigten beeinflußt wird. Die Auseinandersetzung über ein Nachlaßgrundstück im Wert von 60000 Mk. würde bei der Bruchteilsbewertung 500 Mk. kosten, falls sechs Erben vorhanden sind und einer von ihnen das Grundstück als Alleineigentümer bekommen soll. Der gleiche Vertrag würde 300 Mk. kosten, wenn nur zwei Erben beteiligt sind. Die Unterschiede sind aber der Bedeutung des Teilungsgeschäftes und der hierbei vor sich gehenden Vermögensverschiebung angemessen. Es wäre ein nicht zu unterschätzender Vorteil für das Gesetz, wenn die Einheit des Prinzips bei allen Gemeinschaftsformen in der Bewertung durchgeführt werden könnte. Bei der Teilung von Gesellschaftsvermögen wurde in den achtziger Jahren stets nach Bruchteilen bewertet. Bei der Erbteilung kam es vor 1900 wohl nur darauf an, welches örtliche Recht auf den Erbfall anzuwenden war. Der Einfluß auf die Gebühreneinkünfte wäre allerdings ungünstig. Es könnte aber, wenn unbedingt für einen Ersatz der Ausfälle gesorgt werden müßte, durch eine kleine Erhöhung der jetzigen Gebührensätze für Erbteilung und Gesellschaftsauseinandersetzung ein Ausgleich erzielt werden.

Die Gebührennovelle steht nicht auf diesem Standpunkt. Sie will es im allgemeinen bei der Gesamtgutsbewertung belassen und macht nur zwei Ausnahmen. Nach Art. 146a soll bei der Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft und bei der Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft, die zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen Ehegatten stattfindet, das Gesamtgut nur „abzüglich des Betrags, welcher dem Werte des Anteils des überlebenden Ehegatten entspricht" in Ansatz kommen. Es werden also zum Zweck der rechnerischen Behandlung Bruchteile an den einzelnen Gegenständen des Gesamtguts fingiert. Eine gewisse Inkonsequenz liegt darin, die Begünstigung der Auseinandersetzung des Ehevermögens dann zu versagen, wenn nicht der Tod eines Ehegatten den Anlaß gibt, d. i. bei der Teilung nach Ehescheidung oder während bestehender Ehe. Jedenfalls wäre, wenn die Gesamtgutsbewertung vom Gesetzgeber aufrecht erhalten werden will, mit Rücksicht auf die neue Entscheidung des Obersten Landesgerichts der Abs. 1 des Art. 146a allgemeiner zu fassen. Er lautet jetzt:

„Für die Verträge über die Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses wird, soweit sie bewegliche Sachen oder diesen gleichstehende Rechte zum Gegenstande haben, die Gebühr des Art. 145, soweit sie Grundstücke oder diesen gleichstehende Rechte zum Gegenstande haben, die Gebühr des Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1 erhoben."

Es mag sein, daß die neue Fassung für die Erbteilung zur Klarstellung des Gesetzeswillens dient. Für die Teilung eines Gesellschaftsvermögens und für die nicht zu den Ausnahmen gehörende Auseinandersetzung des Ehevermögens fehlt aber zurzeit eine Bestimmung, die der Durchführung der Anteilsbewertung entgegentritt. Art. 146a könnte etwa dahin geändert werden: „Für Verträge über die Auseinandersetzung eines Nachlasses oder eines sonstigen Gesamtgutes ist usw." Da sich Art. 146a auch auf bewegliches Vermögen bezieht, ist es nicht klar, wie damit Art. 165, der die notarielle Vermittlung der Nachlaßteilung betrifft, zusammenstimmt. Bisher wurden außer der ermäßigten Gebühr des Art. 165 nur Immobiliengebühren erhoben. Kommt etwa der Wunsch zur Geltung, nur für das Gesellschaftsverhältnis die Gesamtgutsbewertung anzuwenden, so wäre vielleicht eine Vorschrift des Inhalts am zweckmäßigsten: „Für die Gebührenberechnung gilt die Gesellschaft als juristische Person".

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Erhebung der Besitzveränderungsgebühr von der Erbengemeinschaft für zulässig erklärt. Für Erben, die nicht als Ehegatten oder Abkömmlinge von dieser Gebühr befreit sind und zur Auseinandersetzung schreiten, ergibt sich deshalb die Verpflichtung zur zweimaligen Bezahlung der Gebühr zu 1% aus dem ganzen Wert der Nachlaßgrundstücke.[1] Die neue Regelung wird in folgender Weise beabsichtigt. Abs. 2 des Art. 250 erhält nachstehende Fassung:

„Geht das Eigentum an einem Grundstück oder diesem gleichstehenden Recht auf mehrere Personen gemeinschaftlich über, so ist die Gebühr nach den Anteilsrechten der einzelnen Personen gesondert zu berechnen. Die Erbengemeinschaft gilt als eine Gemeinschaft nach Bruchteilen."

Der neu eingeschaltete Art. 146b bestimmt, daß in solchen Fällen auf die für die Auseinandersetzung geschuldete Gebühr die Besitzveränderungsgebühr anzurechnen ist, wenn die Teilung unter den Miterben in der Weise stattfindet, „daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand in eine Gemeinschaft nach Bruchteilen nach Maßgabe der Erbteile umgewandelt wird".

Diese Vorschläge können nicht befriedigen. Will man zum Rechtszustand vor 1900 zurückkehren, so wird man das Hauptgewicht auf die Voraussetzung für den Anfall der Besitzveränderungsgebühr legen müssen. Früher war die Besitz-

[1]) Siehe das Nähere bei Stelzer a. a. O.

tatsache bzw. die Besitzergreifung maßgebend[1]). Nach der abweichenden Fassung des Art. 249 kommt es nur auf den Eigentumserwerb an. Da sich dieser ohne Zutun der Erben vollzieht, kann die Besitzveränderungs- oder richtiger Eigentumsveränderungsgebühr von den Erben, die nicht nach Art. 250 Abs. 3 befreit sind, immer erhoben werden. Nach Art. 213 GebG. a. F. fiel die Besitzveränderungsgebühr weg, wenn sofort zur Auseinandersetzung geschritten wurde. In den meisten Fällen wird von den Erben beabsichtigt, die Gemeinschaft völlig aufzulösen und nicht Miteigentum nach Bruchteilen herzustellen. Hier würde nach der Intention der Novelle auch künftig die doppelte Belastung bleiben. Eine Erleichterung tritt nur ein, wenn man den Umweg macht, zuerst gebührenfrei Bruchteilseigentum zu schaffen, und darnach die Uebertragung der Bruchteile auf den Erben, der Alleineigentümer werden soll, durch gewöhnlichen Kaufvertrag bewerkstelligt. Es findet dann selbstverständlich nur Anteilsbewertung statt. Der Umweg lohnt sich freilich nur, wenn die Miterben für ihre Verträge im allgemeinen auf den ermäßigten Satz zu 1 % Anspruch haben (Art. 146 Ziff. 1 a), weil andernfalls die Bewertung der Bruchteilsverkäufe nach dem Satz 2 vom Hundert zu erfolgen hätte. In der Praxis kann die beabsichtigte Anrechnung der Besitzveränderungsgebühr dann zu Unzuträglichkeiten führen, wenn einzelne Miterben mit der Zahlung der sie treffenden Besitzveränderungsgebühr im Rückstand sind und andere Erben, die schon bezahlt haben, gleichwohl nach den allgemeinen Regeln über die Haftung bei Verträgen für die nicht durch Anrechnung getilgte Vertragsgebühr aufzukommen hätten. Haben die Erben die Besitzveränderungsgebühr nach Bruchteilen zu zahlen, so kann es kommen, daß ein Miterbe, der gar nichts mehr aus dem Nachlaß bekommt, in Anspruch genommen wird. Es kann fraglich sein, ob er den etwa entrichteten Betrag zum Nachlaß liquidieren kann. Es läßt sich deshalb darüber reden, ob nicht die ganze Besitzveränderungsgebühr zweckmäßiger als Nachlaßverbindlichkeit oder als eine auf das ganze Grundstück gelegte öffentliche Abgabe im GebG. zu bezeichnen ist.

Die Forderung der Besitzveränderungsgebühr und der Gebühr für den in Bälde abgeschlossenen Teilungsvertrag wird als Unbilligkeit empfunden. Die Verkehrssteuer ist nur dann begründet, wenn der Erwerber eine wirtschaftliche Ausnützung vornehmen kann. Die Erbengemeinschaft ist eine zufällig entstandene Verbindung, die ihrer Natur nach zur baldigen Wiederauflösung bestimmt ist. Es besteht oft eine gewisse Zwangslage, die den Teilungsvertrag (und zwar nicht einen solchen nach Bruchteilen) zur Notwendigkeit macht. Es können Zweifel darüber bestehen, ob die Besitzveränderungsgebühr in Erbfällen nach Einführung der Reichserbschaftssteuer überhaupt noch belassen werden kann. Will man die dermalige Fassung des Art. 249 über die Fälligkeit dieser Gebühr beibehalten, so würde sich eine Bestimmung des Inhaltes empfehlen, daß sie bei jeder Art von Auseinandersetzung unter Miterben, ob sie nach Bruchteilen oder in beliebig anderer Weise erfolgt, auf die Vertragsgebühr anzurechnen ist. Es würden hierdurch allerdings die Erben, ob sie zu den nächsten Angehörigen zählen oder nicht, in bezug auf die Gebührenpflicht gleichgestellt. Der Unterschied der Belastung kommt jedoch durch die Erbschaftssteuer und ihre verschiedenen Sätze bzw. durch ihren Wegfall genügend zur Geltung. Die nochmalige Besteuerung des Teilungsvertrages ist nur dann zu billigen, wenn die Gemeinschaft der Erben längere Zeit fortgesetzt wird. Es könnte für solche Fälle etwa in der Weise abgestuft werden, daß die Besitzveränderungsgebühr nur zur Hälfte oder zu einem andern Prozentsatz angerechnet wird, sofern die Auseinandersetzung nicht binnen Jahresfrist erfolgt, und daß die Anrechnung ganz unterbleibt, wenn die Erbengemeinschaft erst nach 5 oder mehr Jahren aufgehoben wird. Auch die Frage wird klarzustellen sein, ob von der Erbengemeinschaft das Gebührenäquivalent nach Art. 254 zu erheben ist.

3. Welche Gebühren dermalen zu entrichten sind, wenn Anteile an einer Erbschaft abgetreten werden (§ 2033 Abs. 1 BGB.), ist erst jüngst hier in dem Aufsatz von Buhmann besprochen worden. Die Novelle will an der seitherigen Bewertung des Abtretungsvertrages im allgemeinen festhalten. Es wird also auch künftig der Schuldenabzug gestattet sein, wenn auch das Gesetz darüber nichts ausdrücklich bestimmt. Das Oberste Landesgericht hat bekanntlich zuerst anders entschieden. Neu ist dagegen die Bestimmung (Art. 146 c), daß außer der Gebühr nach Art. 145 zugleich eine Gebühr von 1 % des Wertes der Grundstücke zu erheben ist, „wenn der Erwerber des Anteils infolge der Uebertragung sämtliche Anteile in sich vereinigt". Dieser Gebührenzuschlag für den letzten Abtretungsvertrag hätte also die zweite Besitzveränderungsgebühr zu ersetzen, die jetzt von dem Erben, der durch Konsolidation Alleineigentum erwirbt, zu bezahlen ist. Durch einen Zusatz zu Art. 118 soll dafür gesorgt werden, daß dieselbe Immobiliengebühr beim Grundbuchamt „für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Erwerbers als Alleineigentümers" erhoben werden kann, falls sie nicht schon für die Notariatsurkunde entrichtet wurde.

Hierzu ist folgendes zu sagen: Die doppelte Belastung mit der Immobiliengebühr ist hier ebenso empfindlich, wie bei der unter Ziff. 2 erwähnten Erledigung einer Nachlaßsache. Der Vorschlag, daß vom gleichen Gegenstand die Ge-

[1]) Vgl. Bl. f. d. bayer. Finanzwesen Bd. 12 S. 70 u. die dort. Zitate.

bühr nach Art. 145 und „überdies" die Gebühr des Immobilienvertrags gefordert wird, wird sich nur begründen lassen, wenn man den zuweilen spekulativen Erbschaftsverkauf für unerwünscht erachtet und ihn durch eine besondere Gebührenbelastung hintanhalten will. Die Immobiliengebühr wird wohl am besten an die einzelnen Vorgänge geknüpft, die in wirtschaftlicher Hinsicht die Aenderungen hervorrufen. Setzt man z. B. den Fall, daß ein Erbe vor Jahren 4/6 einer Erbschaft zusammengekauft hat, daß er also einschließlich seines Anteiles 5/6 des ganzen Nachlasses als sein Vermögen betrachtet, so wird er es nicht verstehen, warum er für den Erwerb des letzten Sechstels die Gebühr aus dem vollen Wert der Grundstücke bezahlen soll. Noch weniger aber wird es der Verkäufer des letzten Anteils begreifen, daß er für jene Immobiliengebühr, die als Vertragsgebühr zu gelten hat, haften muß. Die Gebührenpflicht, deren wirtschaftlicher Entstehungsgrund zum Teil schon in den früheren Abtretungsverträgen zu suchen wäre, würde gewissermaßen in der Schwebe bleiben, bis sie beim letzten Vertrag in ihrem vollen Umfang wirksam wird. Wird der Vertrag außerhalb Bayerns verbriest oder unterläßt der bayerische Notar die Erhebung der Gebühr, weil ihm nichts davon bekannt ist, daß durch denselben Konsolidation des Eigentums eintritt, so kann es leicht geschehen, daß die neue Gebühr nach Art. 146 c überhaupt nicht anfällt. Der Erwerb geht ohne Eintragung vor sich. Der letzte Erbe, der Alleineigentümer wird, kann nicht gezwungen werden, das Grundbuch berichtigen zu lassen. Er kann gleichwohl das Grundstück weiterveräußern [1]). Wenn von mehreren Miterben zwei auf die Dauer den Grundbesitz bekommen sollen, bleibt der Weg offen, daß der Gebührenersparnis halber die Erbteilsabtretung gewählt wird. Stirbt dann einer der Miteigentümer, so bleibt nur die Besitzveränderungsgebühr aus dem halben Wert übrig. Mit Recht wird allerdings in den Motiven zur Novelle bemerkt, daß kein innerer Grund dafür besteht, denjenigen, der den Auseinandersetzungsvertrag durch einen Anteilsübertragungsvertrag umgeht, von der Verkehrssteuer zu befreien. Es wird aber vielleicht einfacher und natürlicher sein, die Gebührenpflicht sofort an jeden einzelnen Abtretungsvertrag, auch soweit Nachlaßimmobilien in Betracht kommen, anzuschließen. Durch eine ausdrückliche Vorschrift könnten solche Verträge in gebührenrechtlicher Hinsicht der Uebertragung von Bruchteilseigentum gleichgestellt werden.

Zu bemerken ist schließlich noch, daß nach der Novelle die Vorschriften über die Bewertung der Erbteilsabtretung auch gelten sollen, wenn ein anteilsberechtigter Abkömmling auf seinen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet (§ 1491 BGB.), weil hierdurch die Konsolidation des Eigentums in der Person des überlebenden Ehegatten herbeigeführt werden kann. —

Wenn man sich mit den Dingen, die gesetzlich zu regeln sind, näher befaßt, so stößt man auf mancherlei Schwierigkeiten, die leichter zu finden als zu lösen sind. Es wird kaum eine Fassung des Gesetzestextes zu finden sein, die nicht prinzipielle für die Gebührenpflicht bedeutungsvolle Fragen offen läßt. Ein Gesetzbuch kann kein Lehrbuch sein. Es erscheint aber nicht zweckmäßig, in bezug auf Auslegung und Durchführung der Vorschriften alles der Rechtsprechung zu überlassen. Nicht nur Nachlaß- und Teilungssachen kommen dabei in Betracht. In dem Abschnitt des Gesetzes, der sich mit der Zwangsversteigerung befaßt, fehlt so manches. Auch Kontroversen über alte Stellen des Gesetzes z. B. über Art. 160, 173, 178, 183 kommen zu keinem Ende.

Präjudizien spielen im Gebührenwesen dermalen die führende Rolle. Die Begründung der Novelle liefert selbst den besten Beweis. Kommt nun dazu, daß die letztinstanzielle Rechtsprechung schwankend ist, wie es in den letzten Jahren nicht nur in den schon erwähnten Punkten, sondern auch noch mehrfach nach anderen Richtungen der Fall war, so entsteht eine Ungleichmäßigkeit vor dem Gesetz und eine Unsicherheit der Praxis, wodurch die Parteien schwer geschädigt werden und das Vertrauen in die Rechtspflege beeinträchtigt wird. Das Gebührengesetz ist nicht so durchgebildet und nicht so fein aufgebaut, daß es sich zur Handhabung nach den strengen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts eignen würde. Entscheidungen ex aequo et bono sind mehr am Platz als lange juristische Ausführungen, die zum gegenteiligen Resultat kommen. Es ist vielleicht nützlich, jetzt schon für eine seinerzeitige Gebührenreform den Gedanken zu erwägen, ob nicht in Beschwerdesachen zur Verbescheidung das Laienelement beizuziehen ist wie in Steuersachen, denn verhältnismäßige Gebühren wirken, wenn sie auch an eine Amtshandlung geknüpft sind, wie direkte Steuern. Dermalen wird nur in folgender Weise eine günstige Wendung zu erreichen sein. Das Finanzministerium ist organisationsmäßig mit dem Vollzug des GebG. betraut, hat die beste technische Kenntnis und vermag den Gesetzeswillen am sichersten zu erkennen. Ihm ist die Möglichkeit gegeben, auch entgegen der oberstrichterlichen Rechtsprechung die Absichten des Gesetzgebers durchzuführen, wenn sie den Gebührenpflichtigen günstiger sind. Es ist nicht einzusehen, warum zu diesem Behuf das Gesetz geändert werden muß. Den Regierungsfinanzkammern sollte aufgegeben werden, in allen grundsätzlichen Fragen der Auslegung und Anwendung des Gesetzes der höchsten Stelle zu berichten, bevor sie die Streitsache dem Rechtsweg übergeben bzw. ihn veranlassen. Die maßgebende Ansicht der Finanzverwaltung bekäme eine ganz andere

[1]) Vgl. Turnau, Liegenschaftsrecht Bd. 2 S. 268, Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 181.

Wirksamkeit. Für Einheitlichkeit der Praxis der Notare und der sonst mit der Gebührenbewertung betrauten Aemter könnte gesorgt werden, wenn durch Rundverfügungen alle diese Behörden von den ergangenen Entschließungen verständigt würden. Es ist kein Zweifel, daß manche Streitpunkte gar nicht gegen die Gebührenpflichtigen zur gerichtlichen Entscheidung gebracht worden wären, wenn es schon seither so gehalten worden wäre. Den Rechten der Parteien wird dadurch nichts vergeben. Zugunsten der Parteien kann auch dann erkannt werden, wenn der Gesetzestext eine Auffassung zuläßt, die einer höchsten Entschließung widerspricht. Eine Hand soll fest und ruhig den Zug leiten, der die Gebühren zur Staatskasse fährt. Dann kann es nicht vorkommen, daß in einzelnen Kreisen an unsicheren Stellen Entgleisungen passieren. Die Rechtsprechung ist nicht immer imstande, den abgeglittenen Wagen wieder in das Geleise zu bringen, zumal wenn ab und zu mit falschen Hebeln gearbeitet wird.

Mitteilungen aus der Praxis.

Aus der Praxis des UWG. Die Firma R. S. & Co. in N. kündigte im März 1905 durch Zeitungen und gedruckte Plakate an, daß sie ihr Warenhaus aufgebe und deshalb ihr enormes Lager zu ganz abnorm billigen Preisen einem Totalausverkauf unterstelle, der am 31. März 1905 beendet sein müsse, da an diesem Tage das Warenhaus unwiderruflich geschlossen werde. Einem Teil der Ankündigungen war die Bemerkung hinzugefügt: „Um den Ausverkauf zu beschleunigen, werden die Läger durch neu hinzugekommene Waren wieder ergänzt". Zur nämlichen Zeit wurde in N. von der Société Internationale des Grands Basars in L. ein Warenhaus neu errichtet, das anfangs April 1905 eröffnet wurde. Schon im Jahre 1904 war durch Zeitungen (Confectionair vom 30. Juni 1904, Frkft. Ztg. vom 29. u. 30. Sept. 1904) bekannt geworden, daß die Warenhäuser der Firma R. S. & Co. in F., N. und M. mit der Société Internationale des Grands Basars in L. verschmolzen würden, die aus diesem Anlaß ihr Aktienkapital auf 9 Millionen Fr. erhöht habe, daß die Erwerbung der Geschäfte der Firma R. S. & Co., deren Jahresumsatz mit 8½ Millionen angegeben wurde, mit rückwirkender Kraft für 1. Januar 1904 geschehen sei, so daß die Erträgnisse schon für das Jahr 1904 der Gesellschaft zufielen, daß der Inhaber der Firma R. S. & Co. auch in dem neuen Unternehmen in leitender Stellung verbleiben und später in den Aufsichtsrat eintreten werde, daß endlich die Idee dieser Fusion von dem Inhaber der Firma R. S. & Co. stamme, der „damit in glücklichster Weise den sonst unvermeidlichen Konkurrenzkampf seiner Firma mit dem Grand Basar unmöglich gemacht" habe. Der Verein zum Schutze für Handel und Gewerbe in N. erwirkte eine die geschilderten Ankündigungen bei Vermeidung von Geldstrafen verbietende einstweilige Verfügung, die unangefochten blieb, und stellte Strafantrag wegen unlauteren Wettbewerbs. Der Staatsanwalt erhob, nachdem er im Ermittlungsverfahren den Sachverhalt durch richterlichen Augenschein, Durchsuchung und Beschlagnahme unter Zuziehung Sachverständiger geklärt und die Beweise gesichert hatte, die öffentliche Klage wegen unlauteren Wettbewerbs gegen den Firmeninhaber und seine Geschäftsführer. Der Verein schloß sich als Nebenkläger an. Nach Durchführung einer umfangreichen Voruntersuchung (— Preßdelikt! —), auf deren Ergebnisse hier nicht eingegangen werden soll, wurde zunächst von der landgerichtlichen Beschlußkammer die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen unter Bezugnahme auf RGSt. Bd. 30 S. 259 abgelehnt, auf die vom Staatsanwalt unter Verweisung auf die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 37 S. 361, JW. 1905 Nr. 3 S. 172) erhobene sofortige Beschwerde aber das Hauptverfahren gegen die sämtlichen Angeklagten aus § 4 UWG. mit § 47 StGB. durch Beschluß des Obersten Landesgerichts eröffnet. Der Termin zu der auf drei Tage bemessenen Hauptverhandlung vor dem Schwurgerichte war bereits anberaumt, die erforderlichen Ladungen, darunter die von mehr als 40 Zeugen und Sachverständigen, waren vollzogen, als — im November 1905 — der Verein den Strafantrag zurücknahm, so daß das Verfahren unter Ueberbürdung sämtlicher Kosten auf den Verein eingestellt werden mußte. Der Anwalt des Vereins veröffentlichte im Anzeigenteil einer in N. erscheinenden Tageszeitung folgende „Bekanntmachung":

„In Sachen

gegen den Kaufmann H. S. in F. und Genossen wegen unlauteren Wettbewerbs ist ein Vergleich abgeschlossen worden und gebe ich auf Grund desselben folgendes bekannt:

Nachdem Herr H. S. nunmehr dargelegt hat, daß die im März lfd. Js. veröffentlichten Annoncen, in welchen ein Totalausverkauf angekündigt war, ohne Wissen und gegen Instruktion des Herrn H. S. herausgegeben wurden, und da der Verein z. Sch. f. H. u. G. kein Interesse daran hat, die nicht mehr hier wohnenden Geschäftsführer der Firma R. S. & Co. bestraft zu wissen, hat genannter Verein nach Empfangnahme einer Vergleichssumme den gegen H. S., A. S. und A. M. gestellten Strafantrag zurückgezogen.

Zufolge der dem Verein z. Sch. f. H. u. G. N.'s eingeräumten Befugnis gebe ich als dessen Vertreter dies hiermit öffentlich bekannt."

Erst nachträglich wurde unter der Hand bekannt, daß die „Vergleichssumme" 8000 Mk. betragen hatte und daß hiervon 2000 Mk. zu gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken verwendet werden würden. Einer unwidersprochen gebliebenen Zeitungsnachricht zufolge soll der Verein in einem gleichartigen früheren Fall eine „Vergleichssumme" von 2000 Mk. erhalten haben. Die Eigenart des mitgeteilten Rechtsfalles und seine Erledigung durch die Justizbehörden und die Beteiligten regt in mehrfacher Richtung zu Betrachtungen an. Ihre Erörterung würde den Rahmen dieser Mitteilung überschreiten. Gesonderter Besprechung soll insbesondere die Frage vorbehalten bleiben, ob nicht praktische Erfahrungen, für die der angeführte Fall nur ein vereinzeltes Beispiel bildet, zu einer von dem bisherigen Rechtszustand abweichenden Behandlung gewisser Gruppen von Antragsdelikten Anlaß geben. Hier mögen einstweilen folgende Bemerkungen ihren

Platz finden. Daß der Verein den Strafantrag noch unmittelbar vor der Hauptverhandlung zurückzog, war gesetzlich sein gutes Recht. Bemerkenswert aber ist es, daß der nach längeren, schon während der Voruntersuchung angeknüpften Verhandlungen geschlossene Vergleich just in einer Zeit zustande kam, zu der Zeitungen, Vereine und sonstige Körperschaften, die sich aus Beruf oder politischen Gründen mit der Wahrnehmung der Interessen des Mittelstandes befassen, bis zum Landtag hinauf von Klagen darüber widerhallten, daß das bestehende Recht zur wirksamen Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs der großen Warenhäuser und der auf dem Gebiete des Ausverkaufswesens hervortretenden Mißstände nicht ausreiche, und daß es die Justizbehörden an einer dem Bedürfnis entsprechenden Handhabung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs fehlen ließen. Man wird — aus taktischen Gründen und aus Gründen des Taktes — bezweifeln können, ob der Verein glücklich beraten war, als er gerade in diesem Zeitpunkt und in einem für den Interessenkampf des Mittelstandes in jeder Richtung vorbildlichen Falle den geschilderten Vergleich schloß, obwohl oder vielleicht gerade weil der Vergleich mit einer hohen „Vergleichssumme" erkauft wurde. Keinesfalls bildet der Verlauf der Sache eine Rechtfertigung der über die Unzulänglichkeit des Gesetzes und seiner Anwendung erhobenen Beschwerden. Der Hauptangeklagte hatte äußersten Falls eine Geldstrafe von 1500 Mk. zu riskieren. Bei seiner bisherigen Straflosigkeit durfte er mit annähernder Gewißheit erwarten, mit einer geringeren Geldstrafe davonzukommen. Gleichwohl kaufte er sich mit 8000 Mk los. Er tat es, nachdem er ein mit den schärfsten Mitteln eingeleitetes Ermittlungsverfahren und die Voruntersuchung schon über sich hatte ergehen lassen müssen und nachdem dies — begreiflicherweise — in N. allgemein bekannt geworden war. Ja er tat es, wie wenigstens der Verein versichert, obwohl er „nun also mehr darlegen", doch wohl auch in der Hauptverhandlung dartun konnte, daß er unschuldig war. Das spricht nicht dafür, daß das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs bei entsprechender Anwendung eine stumpfe Waffe ist. Mit besonderem Nachdruck muß schließlich folgendes betont werden. Nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes darf wegen unlauteren Wettbewerbs die öffentliche Klage nur dann erhoben werden, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Die Beteiligten erwarten und verlangen, daß die Staatsanwälte bei der Prüfung dieses Erfordernisses mit einer gewissen Kulanz, um hier diesen kaufmännischen Ausdruck zu gebrauchen, ihren Wünschen entgegenkommen. Vorkommnisse, wie das erzählte, liegen aber nicht im öffentlichen Interesse. Sie müssen vielmehr im öffentlichen Interesse vermieden werden. Die Bereitwilligkeit der Anklagebehörde, die öffentliche Klage zu erheben, kann nicht dadurch gefördert werden, daß ein Schutzverein noch in zwölfter Stunde gegen Zahlung von Geld sich nicht nur zur Zurücknahme des Strafantrags bereit finden, sondern auch die „Befugnis" zur Veröffentlichung einer Bekanntmachung erteilen läßt, die den für die Zurücknahme gezahlten Preis, das vom Angeklagten gebrachte Opfer verschweigt, dem Angeklagten aber ohne alle Rücksicht auf die Ergebnisse des Strafverfahrens ein Zeugnis seines Wohlverhaltens ausstellt.

Landgerichtsdirektor Tauchert in Nürnberg.

Bedarf ein Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung? Das Reichsgericht hat in Bd. 60 Nr. 54 S. 225 ff. (Seuff. Arch. VI, Nr. 53 (S. 93) diese sehr bestrittene Frage verneint mit nachstehender Schlußfolgerung: „Entscheidend für die streitige Formfrage ist ausschließlich, ob der Vorkaufsvertrag im Sinne des § 313 BGB. als ein Vertrag gelten kann, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen", ob also schon aus dem Vorkaufsvertrage dem einen Teile die Verpflichtung erwächst, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen. Dies ist zu verneinen, und deshalb findet der Formzwang des § 313 auf den Vorkaufsvertrag keine Anwendung". „Durch die Einräumung des Vorkaufsrechtes wird überhaupt keine Verpflichtung, das dem Vorkaufe unterliegende Grundstück zu veräußern oder zu erwerben, auch nicht eine bedingte oder betagte begründet". — (Folgt hierüber nähere Ausführung.) — „Da eine Verpflichtung zum Abschlusse des Kaufvertrags als Folge des Vorkaufsrechtes gegen den Verpflichteten nicht eintritt, wird durch den Abschluß des Vorkaufsvertrags allein auch keine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums begründet. Diese Verpflichtung entsteht erst mit dem Abschlusse des Kaufvertrags. Nur der Kaufvertrag unterliegt deshalb dem Formzwange des § 313." Es ist richtig, daß durch den Abschluß des Vorkaufsvertrags *allein* keine *Verpflichtung* zur Uebertragung des Eigentums begründet wird, es ist auch richtig, daß diese *Verpflichtung* erst mit dem Abschlusse des Kaufvertrags entsteht — aber die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an den Vorkaufsberechtigten *entsteht nicht durch den Kaufvertrag allein, sondern durch den Kaufvertrag in Verbindung mit dem Vorkaufsvertrag. Denkt man sich den Vorkaufsvertrag hinweg, so entsteht eben keine solche Verpflichtung.* Der Vorkaufsvertrag ist ein unausschaltbares Glied in der Kette, die eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten herbeiführt. Der Vorkaufsvertrag ist *wesentlicher Bestandteil* des definitiven Vertrags, der die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten begründet: dieser definitive Vertrag wird aus dem Kaufvertrag *und* dem Vorkaufsvertrag gebildet. Ist aber der Vorkaufsvertrag Bestandteil eines Vertrags, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen", so bedarf er auch der *Form* des § 313 BGB. Die Folgerung des Reichsgerichts dürfte darnach nicht haltbar sein.

Rechtsanwalt Dr. Arnulf Meyer in Erlangen.

Zu § 130 Abs. 3 ZwVG. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts, V. ZS., vom 9. Dezember 1905 (Entsch. in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Bd. VI S. 268 ff.), die hinsichtlich der Auslegung des § 130 Abs. 3 ZwVG. die bisherige bayerische Praxis (vgl. BayObLG. vom 10. August 1903, Sammlung der Entsch. dieses Ger., Bd. IV S. 608) ändern wird, ist es Pflicht des Grundbuchamts, bei dem der Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks vor der Grundbuchberichtigung die Eintragung einer

Hypothek beantragt, den Antrag anzunehmen, aufzubewahren und nach der Grundbuchberichtigung zu erledigen. Das Grundbuchamt ist sonach nicht berechtigt, den zur Zeit noch nicht ausführbaren Antrag als verfrüht zurückzuweisen, wie die bayer. Grundbuchpraxis bislang angenommen hatte. Diese reichsgerichtliche Interpretation des § 130 Abs. 3 ZwVG. kann aber nur da zutreffen, wo das ZwVG. überhaupt Anwendung findet. Insoweit nach §§ 1, 15 EG. z. ZwVG. nicht das ZwVG., sondern z. B. noch die bayer. SubhO gilt, wird man die seitherige bayer. Praxis billigen müssen und eine Aufbewahrungspflicht der Grundbuchämter bezüglich vorläufig unvollziehbarer Urkunden in dem angedeuteten Umfang nicht annehmen dürfen. Die noch nicht erfolgte Berichtigung des Grundbuchs, soweit sie noch nach Art. 94 SubhO. zu geschehen hat, ist also nach § 40 Abs. 1 GBO. als ein der vom Ersteher beantragten Hypothekeintragung entgegenstehendes Hindernis im Sinne des § 18 GBO. zu erachten.

Amtsrichter Dr. Doerr in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Fassung des Urteils bei Vorabentscheid über den Grund des Anspruchs bei Rentenansprüchen. Zu § 140 GewUVersG. Kläger verlangt von der Beklagten auf Grund des § 833 BGB. eine Rente. Das Landgericht entschied über den Grund des Anspruchs vorab. Das Oberlandesgericht erkannte auf Berufung in folgender Weise: „Der Anspruch des Klägers — die Beklagte zu verurteilen, ihm unter Vorbehalt späterer Erhöhung und anderweitiger Festsetzung nach richterlichem Ermessen 3000 Mk. jährlich zu zahlen mit der Maßgabe, daß von der dem Kläger zuerkannten Summe monatlich 41 Mk. 70 Pfg. anstatt an ihn persönlich an die Schmiedeberufsgenossenschaft in Berlin zu zahlen sei — ist dem Grunde nach gerechtfertigt". Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Zu beanstanden ist die Aufnahme der Vorbehalte in die Urteilsformel. Dem Wortlaute nach sollen diese in die über den Betrag des Anspruchs zu fällende Entscheidung übergehen. Derartiges hat das Oberlandesgericht wohl selbst nicht gewollt. Die Vorbehalte werden sich darauf beziehen sollen, daß in dem Verfahren über den Betrag die Erhöhung des Anspruchs und die anderweitige Festsetzung nach richterlichem Ermessen stattfinden dürfe. Der Partei ist allerdings unbenommen, nach Erwirkung einer Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs den geforderten Betrag zu erhöhen, aber dann erstreckt sich die Wirkung der Vorabentscheidung nicht auf den Betrag, um den die Forderung erhöht wird (vgl. Entsch. in ZS. 28 S. 425, 58 S. 41, JW. 1899 S. 161). Das Gericht kann nicht durch einen Vorbehalt, wie ihn hier das Oberlandesgericht in die Urteilsformel aufgenommen hat, der Vorabentscheidung Wirkung für eine beliebige Erhöhung der Forderung sichern. Bedeutungslos ist der Vorbehalt anderweitiger Festsetzung nach richterlichem Ermessen, soferne dabei nur die Ermäßigung der Klageforderung ins Auge gefaßt ist, denn es ist selbstverständlich, daß das Gericht den Schadensbetrag im Rahmen der Anträge der Parteien nach seinem Ermessen festsetzt. Sollte aber beabsichtigt sein, auszudrücken, das Gericht dürfe einen höheren als den in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs geforderten Betrag zusprechen, so würden die Bedenken, die sich an den Vorbehalt der Erhöhung knüpfen, auch hier Platz greifen. 2. Nicht zutreffend ist ferner die Entscheidung hinsichtlich des auf die Berufsgenossenschaft übergegangenen Teils des Anspruchs. Soweit dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz des durch den Unfall entstandenen Schadens erwachsen ist, ist er nach § 140 GewUVersG. vom 5. Juli 1900 auf die Berufsgenossenschaft im Umfang ihrer Entschädigungspflicht übergegangen. Der Uebergang der Forderung vollzieht sich schon in dem Augenblick, in dem die Forderung in der Person des Verletzten entsteht (vgl. JW. 1905 S. 189, 497). Danach stand zur Zeit der Klageerhebung der entsprechende Teil des Anspruchs dem Kläger nicht mehr zu. (Urt. des IV. ZS. v. 6. Nov. 1905). — — — n.

417

II.

Zu §§ 398, 399, 400, 404, 1163, 1177 Abs. 1, 892 BGB., 851 Abs. 1 ZPO., 115 ZVG. Gegen den Gläubiger, für den die Eigentümergrundschuld gepfändet und dem sie überwiesen ist, sind frühere Vereinbarungen des Subhastaten mit einem Nachhypothekar über Nichtbenützung der Eigentümergrundschuld zum Nachteil des letzteren auch ohne Grundbucheintrag wirksam.

Aus den Gründen: An sich ist es unbedenklich (§ 1163 BGB.), daß für den Grundstückseigentümer Bl. insoweit, als die Sparkasse A. Valuta auf die für sie eingetragene Darlehenshypothek von 14000 Mk. nicht gezahlt hatte, die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, also nicht zur Entstehung gelangt war, eine Eigentümerhypothek (richtiger Eigentümergrundschuld, § 1177 Abs. 1 BGB.) entstanden ist. Unbedenklich ist auch, daß dieses Vermögensrecht des Bl. gepfändet und seinen Gläubigern — den Beklagten — im Wege der Zwangsvollstreckung übereignet werden durfte. (§§ 398, 399, 400 BGB. verbunden mit § 851 Abs. 1 ZPO.) Aber die Klägerin hat mit Erfolg geltend gemacht, daß Bl. ihr gegenüber persönlich verpflichtet gewesen sei, von der ihm zustehenden Eigentümergrundschuld nicht zu ihrem Nachteil Gebrauch zu machen. Diesen Einwand kann die Klägerin, da die Vereinbarung zwischen ihr und Bl. schon vor der Pfändung der Eigentümerhypothek getroffen war, auch den Beklagten als den Pfändungs- und Ueberweisungs-Gläubigern entgegensetzen. (§ 404 BGB.) Ob letztere zur Zeit der Pfändung und Ueberweisung jene zwischen der Klägerin und ihrem Schuldner getroffene Vereinbarung kannten oder nicht, ob sie also von der dem Rechte ihres Schuldners Bl. anhaftenden, in seiner persönlichen Verbindlichkeit ruhenden Beschränkung Kenntnis hatten, darauf kommt es nicht an; denn der Rechtserwerb für die Beklagten hat sich nicht durch Rechtsgeschäft, sondern im Wege der Zwangsvollstreckung vollzogen und deshalb steht ihnen der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zurseite. (§ 892 Abs. 1 BGB.) In allen diesen Beziehungen ist dem Berufungsrichter, dessen Ausführungen sich in derselben Richtung bewegen, beizutreten. Die Revision meint zwar, auf all dies komme es nicht an, das dingliche Recht der Eigentümerhypothek sei auf die Beklagten übergegangen und diesem müsse der schwächere persönliche Anspruch der Klägerin weichen. Wäre dies richtig, so würden durch die Pfändung und Ueberweisung mehr Rechte auf die Gläubiger des Bl. übertragen worden sein, als letzterem selbst zustanden. Bl. selbst und sein etwaiger Zessionar — dieser unbeschadet seiner Gutgläubigkeit nach § 872 — hätten sich den Einwand, daß die Eigentümerhypothek nicht zum Nachteil der Klägerin (als

Nachhypothekarin) verwendet werden dürfe, entgegensetzen lassen müssen. Der persönliche Anspruch beschränkt eben in solchen Fällen die Geltendmachung des dinglichen Rechts und setzt sich deshalb auch gegen dieses überall da durch, wo ihm der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht entgegensteht. Daß aber letzterer von dem Beklagten nicht angerufen werden kann, weil er nur dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe zurseite steht, ist bereits hervorgehoben. (Urt. V 315/05 vom 31. Januar 1906.)

422 — — r.

III.

Zu §§ 123, 249, 823, 826 BGB. 1. Schadensersatz kann auch wegen einer einzelnen betrügerisch veranlaßten Vertragsbestimmung verlangt werden.

2. Der nach § 249 herzustellende Zustand ist der vom Betrogenen bezweckte.

3. Bei Veräußerung eines Grundstücks kann nicht nur der dauernde, sondern auch der gegenwärtige Ertrag für die Beteiligten willensbestimmend sein.

1. Mit Unrecht finden die Revisionskläger einen Widerspruch und eine Verletzung des § 123 BGB. darin, daß der Berufungsrichter zwar eine arglistige Täuschung des Klägers durch die Beklagten bei Vertragsabschluß annehme, aber diese nur auf die Vereinbarung der Tauschaufgabe wirken lasse. Das Oberlandesgericht stellt fest, daß auch in Kenntnis des wahren Sachverhalts der Kläger unter allen Umständen den Tauschvertrag geschlossen und dann nur eine höhere Tauschaufgabe verlangt haben würde. Es hält daher eine Anfechtung des ganzen Tauschvertrages für unzulässig, betrachtet aber den Kläger durch die ihm nur im Wege arglistiger Täuschung abgelockte Genehmigung einer zu niedrigen Tauschaufgabe für geschädigt nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. und gründet nur auf diese Gesetzesstellen, nicht aber auf § 123 sein Urteil. Eine Gesetzesverletzung ist in dieser Entscheidung nicht zu erkennen.

2. Freilich meint die Revision, sie verstoße gegen § 249 BGB., es müsse im Falle der Schadensersatzleistung zunächst der ohne die angeblich zum Schadensersatz verpflichtende Tatsache vermutlich bestehende Zustand wiederhergestellt werden, und dieser würde hier sein, daß der Tauschvertrag nicht zustande gekommen wäre und der Kläger überhaupt keine Tauschaufgabe erhalten hätte, weil die Beklagten keinesfalls eine solche im höheren Betrag als 45 000 Mk. bewilligt haben würden. Allein diese Rechtsfrage ist schon wiederholt dahin entschieden worden, daß derjenige, der durch arglistige Täuschung den andern zur Bewilligung einer nicht entsprechenden Gegenleistung veranlaßt hat, in der Regel den Einwand nicht bringen kann, daß er auch bei Kenntnis des Getäuschten vom wahren Sachverhalt auf keine andere Gegenleistung sich eingelassen hätte. Aehnlich wie bei der Minderungsklage ist in solchen Fällen nicht zu fragen, ob der Vertrag mit einer andern Gegenleistung zustande gekommen wäre, muß vielmehr unter dem Zustand, der nach § 249 Satz 1 BGB. herzustellen ist, der durch den Vertrag vom Betrogenen bezweckte Zustand verstanden werden.

3. Ebenso kämpft die Revision gegen einen schon oft vom erkennenden Senat ausgesprochenen Rechtssatz an, indem sie meint, als erheblich und willensbestimmend könne bei Grundstücksveräußerungen nur der wahre dauernde Ertrags- (Miet- oder Pacht-) Wert, nicht aber der augenblicklich und zufällig zur Zeit des Vertragsschlusses vereinbarte und gezahlte Miet- oder Pacht-Zins gelten. Das Reichsgericht hat sich schon häufig für das Gegenteil ausgesprochen (vgl. z. B. JW. 1903 Beil. S. 113). (Urt. des V. ZS. v. 3. Februar 1906). — — — r.

431

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Ungültigkeit von Beschlüssen des Aufsichtsrats einer Wohltätigkeitsstiftung, wenn an der Beschlußfassung nicht alle Mitglieder teilgenommen haben. In E. besteht eine Wohltätigkeitsstiftung unter dem Namen „F.'s Wohltätigkeitsstiftung in E." mit dem Zwecke der Errichtung eines Distriktsarmenhauses. Vorstand ist ein „Aufsichtsrat", der aus einem Vorsitzenden und sechs Mitgliedern besteht und seine Beschlüsse mit Stimmenmehrheit faßt. Der Aufsichtsrat vertritt die Stiftung nach innen und außen, er führt ihre Prozesse und zeichnet für sie, zur Zeichnung im Geschäftsverkehr genügt die Unterschrift des Vorsitzenden und des Kassiers. In Urkunden des Notariats E. vom 14. Juli und 10. November 1905 hat der Vorsitzende des Aufsichtsrats, Rechtsanwalt St., als Bevollmächtigter des Aufsichtsrates drei jetzt mit den Grundstücken Plan-Nr. 1682 und 1826 ½ vereinigte Teilstücke der zum Stiftungsvermögen gehörigen Grundstücke Plan-Nr. 1827 a, b der StG. A. an die Distriktsgemeinde E. und das Grundstück Plan-Nr. 1460 ½ an die Kreisgemeinde von O. aufgelassen. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, weil dem die Bevollmächtigung des Rechtsanwalts St. enthaltenden Beschlusse des Aufsichtsrates die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde nicht zukomme. Der Aufsichtsrat legte durch Einreichung einer von Rechtsanwalt St. als Vorsitzendem allein unterzeichneten Beschwerdeschrift die Beschwerde ein. Auf Anregung des Grundbuchamtes wurde die Beschwerdeschrift nachträglich von vier in E. wohnenden Aufsichtsratsmitgliedern, darunter dem Kassier, unterzeichnet. Das Landgericht hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen haben am 31. Januar 1906 zu Protokoll des Amtsgerichts E. (Grundbuchamt) Rechtsanwalt St. und die vier Mitglieder des Aufsichtsrats, die die Beschwerdeschrift mitunterschrieben haben, weitere Beschwerde eingelegt. Sie blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die weitere Beschwerde ist unzulässig, weil die Beschwerdeführer nicht berechtigt waren, das Rechtsmittel in der Weise einzulegen, wie es geschehen ist. Sie leiten ihre Berechtigung aus der Bestimmung der Stiftungsurkunde ab, daß der Aufsichtsrat seine Beschlüsse mit Stimmenmehrheit faßt, und aus der ergänzenden Bestimmung der Geschäftsordnung, daß zur Fassung gültiger Beschlüsse die Anwesenheit von fünf Mitgliedern des Aufsichtsrats einschließlich des Vorsitzenden genügt, indem sie von der Ansicht ausgehen, sobald fünf Aufsichtsratsmitglieder einschließlich des Vorsitzenden zusammentreten, könnten gültige Beschlüsse des Aufsichtsrats gefaßt werden. Wäre diese Auffassung richtig, so würde es im Belieben des Vorsitzenden und der vier in E. wohnenden Mitglieder des Aufsichtsrats stehen, die anderen Mitglieder tatsächlich auszuschalten und mit drei Stimmen gültige Beschlüsse zu fassen. Es liegt auf der Hand, daß das nicht dem Sinne der angeführten Bestimmungen entspricht. Die Einigkeit von fünf Mitgliedern über einen zu fassenden Beschluß berechtigt nicht dazu, die anderen Mitglieder zu übergehen. Diese haben das Recht, ihre Bedenken geltend zu machen, und können damit unter Umständen den Erfolg erzielen, daß ein Mehrheitsbeschluß in dem in Aussicht genommenen Sinne nicht zustande kommt. Die nach § 28 Abs. 1, § 32 Abs. 1 Satz 2, 3, Abs. 2 und § 86 BGB. in Verbindung mit Art. 163 EG. z. BGB. für die Stiftungen des bürgerlichen Rechtes geltenden Vorschriften über die Beschlußfassung eines aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes sind in Ermangelung besonderer Vorschriften der Landesgesetze auch auf Stiftungen des öffentlichen Rechtes anwendbar, es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Wohltätigkeitsstiftung in E. eine Stiftung der

einen oder der anderen Art ist. Hiernach sind, wenn die volle Anzahl von sieben Mitgliedern des Vorstandes vorhanden und nicht verhindert ist, an der Beschlußfassung teilzunehmen, fünf Mitglieder nur dann zur Fassung gültiger Beschlüsse berechtigt, wenn die zwei nicht teilnehmenden Mitglieder zu der Versammlung ordnungsmäßig berufen worden sind. Da aus den Ausführungen der Beschwerdeführer hervorgeht, daß die Berufung der zwei nicht in E. wohnenden Mitglieder für überflüssig erachtet worden und deshalb unterblieben ist, liegt ein gültiger Beschluß, die weitere Beschwerde einzulegen, nicht vor. Bei dieser Sachlage kommt die Bestimmung der Stiftungsurkunde, nach welcher zur Zeichnung im Geschäftsverkehr die Unterschrift des Vorsitzenden und des Kassiers genügt, (vgl. darüber Hölder, Komm. z. BGB. Bd 1 Anm. 2 zum § 26, EntschFG. Bd. 6 S. 205) nicht in Betracht. Mag es auch angehen, sie auf mündliche Erklärungen zu erstrecken, die zu einer Rechtshandlung erforderlich sind, so sind doch der Vorsitzende und der Kassier nur berechtigt, die Stiftung bei der abzugebenden Erklärung zu vertreten, sie können aber nicht selbst bestimmen, was als Wille der Stiftung erklärt werden soll, sondern das muß durch einen Beschluß des Aufsichtsrats festgestellt sein. Da es an einem gültigen Beschlusse fehlt, ist die von den Beschwerdeführern zum Protokolle des Grundbuchamts erklärte Einlegung der weiteren Beschwerde unwirksam. (Beschl. des I ZS. vom 16. Februar 1906). — — n.

436

B. Strafsachen.

Zu § 386 StPO. In einer zur Zuständigkeit der Strafkammer gehörigen Anklagesache hatte der Angeklagte sofort nach Urteilsverkündung auf Revision verzichtet, gleichwohl aber vor Ablauf einer Woche gegen das Urteil das Rechtsmittel der Revision zu Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt. Urteilszustellung wurde verfügt und betätigt. Revisionsanträge hat der Angeklagte innerhalb der Frist des § 385 StPO. nicht eingebracht. Der Staatsanwalt stellte nun an die Strafkammer den Antrag, die Revision des Angeklagten gemäß §§ 385, 386 Abs. 1 StPO. als unzulässig zu verwerfen. Die Strafkammer wies diesen Antrag zurück, da das nunmehr mit Revision angefochtene Urteil bereits rechtskräftig geworden und mit Revision nicht mehr anfechtbar, die Revision also schon aus diesem Grunde unzulässig sei, das erkennende Gericht aber zur Verwerfung der Revision aus diesem Gesichtspunkte keine Zuständigkeit besitze und auch nicht befugt sei, durch eine Entscheidung gemäß § 386 Abs. 1 StPO. in die Zuständigkeit des Revisionsgerichtes, das über die Wirksamkeit des erklärten Verzichts zu entscheiden habe, einzugreifen. Der Staatsanwalt ergriff Beschwerde und begründete diese, wie folgt: Die Verwerfung der Revision als unzulässig durch den Vorderrichter könne allerdings nicht aus dem Grunde erfolgen, weil die Einlegung der Revision wegen vorausgegangenen Verzichts auf das Rechtsmittel unzulässig sei. Sie könne aber erfolgen, weil eine Rechtfertigung der Revision innerhalb der gesetzlichen Frist nicht eingebracht worden ist. In solchem Falle könne die Unzulässigkeit der Revision aus dem Grunde, weil ein Verzicht auf das Rechtsmittel vorausgegangen ist, den Vorderrichter an der Verwerfung der Revision als unzulässig nicht hindern, weil die Voraussetzungen zur Verwerfung in diesem Sinne nach § 386 Abs. 1 StPO. erfüllt sind und beim Vorliegen dieser Voraussetzungen das Revisionsgericht nach der strikten Vorschrift des § 386 Abs. 1 StPO. mit der Revision nicht zu befassen ist. Nur dann, wenn die wegen vorausgegangenen Verzichts unzulässige Revision rechtzeitig und in der nach § 385 Abs. 2 StPO. vorgeschriebenen Form begründet worden ist, habe das Revisionsgericht zu entscheiden.[1]) Das Oberste Landesgericht erkannte auf Aufhebung des Strafkammerbeschlusses und wies die Strafkammer an, nach § 386 Abs. 1 StPO. zu verfahren, aus folgenden Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig, weil eine Entscheidung des Gerichtes 1. Instanz in Frage steht, auch keiner der Fälle vorliegt, wonach diese Entscheidung der Beschwerde nicht unterliegt. Die Beschwerde ist auch gerechtfertigt. Die Entscheidung, ob ein gültig erklärter und darum bindender Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels vorliegt, welcher die Zulässigkeit der nachmals eingelegten Revision ausschließt, steht allerdings nicht dem Instanzgerichte, sondern nur dem Revisionsgerichte zu (RGRspr. Bd. 8 S. 469). Allein nach dem Systeme der StPO. kommt das Revisionsgericht nur dann in die Lage, hierüber eine Entscheidung zu treffen, wenn die nach diesem Gesetzbuche für die Einlegung der Revision und die Anbringung der Revisionsanträge notwendigen Formvorschriften erfüllt sind (§ 387 StPO.). Die Prüfung dieser Frage liegt aber dem Instanzgerichte ob und nach § 386 Abs. 1 StPO. hat dieses die Revision durch Beschluß als unzulässig zu verwerfen, wenn die vorangeführten Vorschriften nicht in einer dem Gesetze entsprechenden Weise erfüllt sind. Dementsprechend hätte auch im vorliegenden Falle die Strafkammer vor allem die Revision in dieser Richtung prüfen und sie je nach dem Ergebnisse gemäß § 386 Abs. 1 StPO. durch Beschluß als unzulässig verwerfen oder nach Erfüllung der weiteren in § 387 Abs. 1 StPO. enthaltenen Vorschrift gemäß § 387 Abs. 2 StPO. die Einsendung der Akten an das Revisionsgericht veranlassen sollen. Deshalb mußte der angefochtene Beschluß aufgehoben und, da er lediglich eine formelle Entscheidung enthält und die Strafkammer eine sachliche Entscheidung noch nicht getroffen hat, wie geschehen, erkannt werden (Beschl. v. 15. März 1906). —l—.

460

Oberlandesgericht München.

Rechtskraftzeugnis und Vollstreckungsklausel, wenn nur die zugestellte Abschrift in Händen des betreibenden Gläubigers ist. Das Landgericht hat ein teilweise den Beklagten verurteilendes, teilweise die Klage abweisendes Urteil erlassen. Der klägerische Prozeßbevollmächtigte ist im Besitze einer auf des Beklagten Betreiben zugestellten und von dem beklagtischen Prozeßbevollmächtigten beglaubigten Abschrift dieses Urteils mit Postzustellungsurkunde vom 20. Dezember 1905; auf der beglaubigten Urteilsabschrift hat der Gerichtsschreiber des Oberlandesgerichts am 24. Januar 1906 bestätigt, daß „bis zum heutigen Tag ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung dahier nicht eingekommen ist“. Daraufhin hat der klägerische Prozeßbevollmächtigte bei der Gerichtsschreiberei des Landgerichts um die Bestätigung der Rechtskraft des Urteils und um Erteilung der unbedingten Vollstreckungs=

[1]) Anm. des Einsenders. Gegen die Zulässigkeit der Beschwerde lassen sich folgende Bedenken geltend machen. Da dann, wenn die Revision von der Strafkammer in Gemäßheit des § 386 Abs. 1 StPO. als unzulässig verworfen wird, der Beschwerdeführer gemäß § 386 Abs. 2 StPO. auf die Entscheidung des Revisionsgerichts antragen kann, so würde es zu eigentümlichen Folgen führen, wenn man dem Staatsanwalt für den umgekehrten Fall, daß die Strafkammer die Voraussetzungen des § 386 Abs. 1 StPO. nicht für gegeben erachtet, ein Beschwerderecht einräumt. Würde das Beschwerdegericht die Revision als unzulässig verwerfen, so könnte der Angeklagte, der die Revision eingelegt hat, seines Antragsrechtes nach § 386 Abs. 2 StPO. nicht verlustig werden. Es wären sonach divergierende Entscheidungen des Beschwerdegerichts und des Revisionsgerichts möglich. Ueber die Frage der Zulässigkeit einer Revision kann nur das Gericht, dessen Urteil angefochten ist, und das Revisionsgericht entscheiden. Erachtet ersteres die Voraussetzungen des § 386 Abs. 1 StPO. nicht für gegeben, so hat das Revisionsgericht zu entscheiden. Die Einschiebung eines Beschwerdeverfahrens ist zwecklos und mit den Vorschriften der StPO. über die Revision nicht vereinbar.

klausel nachgesucht, jedoch nach beiden Richtungen hin einen ablehnenden Bescheid erhalten, da zur Bestätigung der Rechtskraft das Zeugnis der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts wegen seines dem § 706 Abs. 2 ZPO. nicht entsprechenden Inhalts nicht genüge und da die Vollstreckungsklausel nur einer gerichtlichen Ausfertigung beigefügt werden könne. Die hiergegen nachgesuchte Entscheidung des Prozeßgerichts lautete ebenfalls auf Abweisung. In der Beschwerde wird das klägerische Ansuchen wiederholt und behufs Aenderung des von der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts am 24. Januar 1906 erteilten Zeugnisses die Entscheidung des Gerichts beantragt. Das Oberlandesgericht hat diesen Antrag und die Beschwerde aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Die Beschwerde ist die einfache und als solche zulässig; sie ist die einfache Beschwerde, da die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses und der vollstreckbaren Ausfertigung dem Zwangsvollstreckungsverfahren vorangehen, die Entscheidung also nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgt ist, § 793 ZPO. daher nicht Anwendung findet. Daß die Entscheidung des Gerichts gegenüber dem Zeugnisse der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts in einem beim Landgerichte eingereichten Schriftsatze beantragt wurde, ist nicht zu beanstanden, da diese gerichtliche Entscheidung durch eine allenfallsige Abhilfe nach § 571 ZPO. unnötig wurde und bei Ablehnung der Abhilfe die Vorlegung an das Oberlandesgericht zu erfolgen hatte. Sachlich erfordert die Versagung der Vollstreckungsklausel keine besondere Entscheidung. Sie ist davon abhängig, ob die Rechtskraftbestätigung erteilt werden kann oder nicht, im übrigen aber hat der klägerische Prozeßbevollmächtigte in seinem Antrage vom 30. Januar 1906 und wieder in der Beschwerdeschrift sein Einverständnis damit erklärt, daß die Gerichtsschreiberei des Landgerichts ohne Verwendung der vorgelegten Urteilsabschrift das Urteil ihm neu in vollstreckbarer Weise ausfertige. Der Begründung des Erstrichters kann nicht ganz zugestimmt werden. Das Zeugnis nach § 706 Abs. 2 ZPO. genügt, ist aber nicht unter allen Umständen erforderlich (s. auch § 30 Abs. 5 der GA. f. d. Gerichtsschr. v. 30. Dez. 1901). Ein Zeugnis wie das vorliegende kann unter Umständen wohl genügen, wenn der Gerichtsschreiber I. Instanz feststellen kann, von wann ab oder wann spätestens die nachsuchende Prozeßpartei auf Grund Zustellung seitens des Gegners im Besitze der Urteilsabschrift sich befand und ob von da ab bis zum Tage der Ausstellung des Zeugnisses die Notfrist abgelaufen ist. So ist hier nachgewiesen, daß der klägerische Prozeßbevollmächtigte auf Grund einer Zustellung seitens des Beklagten im Besitze einer von dem beklagtischen Prozeßbevollmächtigten beglaubigten Urteilsabschrift ist und spätestens am 24. Januar 1906, dem Tage der Ausstellung des Zeugnisses seitens der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts, sich im Besitze der Urteilsabschrift befand. Wenn nun nach Ablauf der in § 516 ZPO. bezeichneten Frist vom 24. Januar 1906 ab gerechnet, neues Zeugnis gleichen Inhalts erteilt wird, so ist der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts nicht mehr gehindert, unter Einbehaltung der mit den erwähnten Dokumenten versehenen Urteilsabschrift bei den Akten oder unter sonstiger Feststellung des Sachverhalts eine Urteilsausfertigung mit Rechtskraftbestätigung und unbedingter Vollstreckungsklausel zu erteilen. Im übrigen aber teilt das Beschwerdegericht die Ansicht des Erstrichters, daß zurzeit die Rechtskraft des Urteils noch nicht nachgewiesen ist. Es ist möglich, daß die vorgelegte Postzustellungsurkunde vom 20. Dezember 1905 zur Urteilsabschrift gehört; es ist aber auch das Gegenteil nicht ausgeschlossen; das Gericht muß im Interesse der Gegenpartei den lückenlosen Beweis verlangen. Daß dieser Nachweis schwer wird, ist unbeachtlich. Für die Anwendung des Gesetzes ist es auch gleichgültig, ob deshalb im Interesse des Zustellungsempfängers eine Abänderung des § 28 der GA. f. d. GVollz. v. 28. April 1900 notwendig ist oder ob sich der Zustellungsempfänger in anderer Weise helfen kann, etwa dadurch, daß er sich einen beglaubigten Auszug aus dem Dienstesregister der Gerichtsvollzieherei beschafft oder daß er die Gerichtsvollzieherei um amtliche Feststellung der auf das zugestellte Schriftstück bezüglichen Dienstesregisternummer ersucht oder daß er sonst für die öffentliche Feststellung seines Urkundenbesitzes sorgt. Der einfachste Weg ist, daß die Prozeßpartei, für welche das Urteil günstig ist und welche das Urteil später zu vollstrecken hat, die gerichtliche Ausfertigung sich verschafft und die Zustellung des Urteils selbst betreibt. Dieser Weg stand auch hier dem Kläger offen. Wenn er auf die Zustellung des Gegners wartete, hat er neben dem Zeitverlust auch die übrigen Unbequemlichkeiten sich selbst zuzuschreiben. Nach der derzeitigen Rechtslage kann der Kläger weder eine Aenderung des Zeugnisses der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts, noch auch eine Rechtskraftbestätigung oder eine unbedingt vollstreckbare Urteilsausfertigung verlangen. (Beschl. v. 24. Februar 1906.)

W.

450

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Scheidungs- und Anfechtungsklage. Die Klägerin ficht die Ehe wegen Impotenz des Mannes an. Ueber die Behauptung dauernder Unfähigkeit zum Beischlafe und über den Zeitpunkt, in dem die Klägerin hiervon Kenntnis erhalten, wurde Beweis erhoben. Hierauf hat die Klägerin Scheidungsklage aus § 1568 erhoben, weil der Beklagte, wenn er nicht impotent sei, durch Nichtvollzug des Beischlafes eine schwere Pflichtverletzung der in § 1568 bezeichneten Art begangen habe; sie hat dabei den Antrag gestellt, über die Scheidungsklage vorweg und über die Anfechtungsklage nur für den Fall zu entscheiden, daß die Scheidungsklage für unbegründet erachtet werden sollte. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Scheidungsklage als unzulässig eventuell unbegründet und Abweisung der Anfechtungsklage als verjährt eventuell gleichfalls als unbegründet. Beide Klagen wurden als unbegründet abgewiesen.

Aus den Gründen: I. Daß die Klägerin im Laufe des Rechtsstreits die Anfechtungsklage mit der Scheidungsklage verbunden hat, ist ebensowenig zu beanstanden als die von ihr getroffene Bestimmung, daß die Scheidungsklage der Anfechtungsklage vorausgehen und auf die letztere nur eventuell entschieden werden soll. Dem Grundsatze der §§ 614—616 ZPO., daß alle Umstände, die das Bestehen des ehelichen Verhältnisses beeinflussen können, im nämlichen Verfahren erörtert und entschieden werden sollen, entspricht es, wenn es — RGVerZivS. 12. Juni 1893 Bd. 31 S. 9 — als zulässig erachtet wird, die Anfechtungs- und Scheidungsklage im Laufe des Rechtsstreites bis zur Erlassung des Endurteils, gleichviel ob es sich um ein Verfahren erster oder zweiter Instanz handelt, zu verbinden oder von der einen zur anderen Klage überzugehen. Wird die Scheidungsklage mit der Anfechtungsklage nachträglich, d. h. nicht bereits in der Klageschrift verbunden, bedarf es keines Sühneversuchs mehr. In zulässiger Weise hat die Klägerin bestimmt, es solle die Scheidungsklage der Anfechtungsklage vorgehen. Beide Klagen richten sich gegen den Fortbestand einer Ehe, hängen vom Willen der Ehegatten ab und können nicht von Amts wegen erhoben werden; die Anfechtungsklage hat an sich vor der Scheidungsklage keinen Vorrang. Die nachträgliche Erhebung der Anfechtungsklage beeinträchtigt die Freiheit der Klägerin, der immer nur eine der verbundenen Klagen

zugesprochen werden kann, hinsichtlich der Bestimmung der Reihenfolge nicht.

II. In einer hartnäckigen, dauernden und grundlosen Verweigerung der ehelichen Pflicht liegt eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflicht im Sinne des § 1568. Hier fehlt es an einem subjektiven Verschulden des Beklagten (wird näher ausgeführt) und darum ist die Scheidungsklage unbegründet.

III. Auch die Anfechtungsklage kann nicht zugesprochen werden. Der Einwand der Verjährung allerdings ist nicht stichhaltig. Es fehlt an einem Nachweise für ein **dauerndes** auf Impotenz beruhendes Beischlafsunvermögen des Beklagten, welches allein im Gegensatze zu einer durch vorübergehendes (unverschuldetes) Leiden verursachten Unfähigkeit als persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 erscheint. Es kann also von der Entdeckung des Irrtums über eine solche persönliche **Eigenschaft** keine Rede sein und es hat demnach die Frist des § 1339 noch nicht zu laufen begonnen. Die Abweisung der Anfechtungsklage ist aber deshalb begründet, weil es eben an einem Beweise für das Vorliegen dauernder Impotenz des Beklagten mangelt. (II. Senat, Urteil vom 8. November 1905).

445 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Landgericht München I.

I.

Begriff der Präjudizialität nach § 148 ZPO. Gegen eine am 5. Oktober 1905 erfolgte Pfändung erhob der Sohn des Schuldners auf Grund älteren Kaufvertrags Widerspruchsklage zum Amtsgericht. Letzteres setzte Ende Dezember 1905 vor der Beweiserhebung über die Einreden des Beklagten gegen dessen Protest entsprechend dem Antrag des Klägers die Verhandlung aus, weil der Kläger inzwischen gegen einen Anschlußgläubiger hinsichtlich der gleichen und anderer Sachen mit der nämlichen Begründung beim Landgericht interveniert habe, dort sohin ebenfalls das Eigentum des Klägers streitig sei, demnach Abhängigkeit bestehe und widersprechende Urteile vermieden werden sollten. Der Beklagte erhob Beschwerde und machte geltend, dem Kläger sei es nur um Prozeßverschleppung und Hintanhaltung der amtsgerichtlichen Vernehmung des zweiten Beklagten als Zeugen zu tun. Die Aussetzung wurde auch mit der Begründung aufgehoben, daß Gleichheit der Tat- und Rechtsfrage im Prozeß gegen eine andere Partei allein noch nicht Abhängigkeit im Sinne des § 148 ZPO. begründe, auch dem Beklagten als Erstpfandgläubiger billigerweise nicht zugemutet werden könne, vor dem Amtsgericht den Ausgang eines kollegialgerichtlichen Prozesses des Anschlußgläubigers abzuwarten oder gar zwecks Beeinflussung letzteren Rechtsstreits als Nebenintervenient beizutreten. (Beschl. v. 5. Februar 1906; BeschwR. Nr. 50/06.)

406 N.

II.

Kündigungs- und Vollmachtsnachweis durch die Zustellungsurkunde (§§ 795, 726, 167 ZPO.). Das Notariat M. verweigerte die vollstreckbare Ausfertigung eines Hypothekenbriefs, weil der Kündigungsnachweis nicht dem § 726 ZPO. entspreche, da die Urschrift der mitzugestellten Vollmacht des RA. W. als Vertreters der Gläubigerin, wie die Kündigungsurschrift selbst, nicht öffentlich beglaubigt sei. Auf Anrufen des LG. nach Art. 16 NotG. wurde die Weigerung für ungerechtfertigt erklärt.

Aus den Gründen: In der Postübergabsurkunde des Gerichtsvollziehers ist als Auftraggeber „RA. W. für Franziska M." aufgeführt; dies genügt für die Kündigung als Nachweis durch öffentliche Urkunde gemäß §§ 130, 132 BGB., 194, 167 ZPO. Wie sich der Gerichtsvollzieher von der Legitimation eines Vertreters überzeugt, ist Sache seiner pflichtgemäßen Erwägung (§ 40 DV. f. GVollz.). Selbst wenn die Kündigungsurschrift gar nicht oder von einer dritten Person unbefugt mit dem Namen des Gläubigers unterschrieben wäre, letzterer aber wissentlich dieses Schriftstück zur Zustellung geben würde, so wäre die Kündigung gültig, weil der Gläubiger sich damit diese Willenserklärung eines Dritten angeeignet hätte. Auch die GeschO. f. GVollz. § 41 und die JMBek. vom 14. Nov. 1902 (JMBl. S. 1049) gehen offenbar von der Entbehrlichkeit einer Beglaubigung der Urschrift oder der Vollmacht aus. Von dieser Ansicht wird nicht etwa behauptet (vgl. ObLG. in Recht 1905 S. 532),[1] daß eine Privaturkunde durch Zustellung zu einer öffentlichen Urkunde werde; eine derartige Behauptung ist auch in SeuffBl. 69, 564 nicht aufgestellt; vielmehr ist dort gerade auf den Unterschied zwischen Kündigungserklärung **in öffentlicher Urkunde** und Kündigungs**nachweis mittelst** öffentlicher Urkunde aufmerksam gemacht. Diese Auslegung entspricht auch allein dem offensichtlich auf Vereinfachung und Verbilligung derartiger Rechtsakte abzielenden Gesetzeszweck, während die entgegengesetzte Ansicht dazu führen müßte, daß nicht einmal die Zustellungsurkunde zu einer Klageschrift als Nachweis der Tatsache einer Klagserhebung im Sinne des § 726 ZPO. gelten könnte, wenn nicht auch die Unterschrift auf dem Klagsoriginal öffentlich beglaubigt wäre.[2] (Beschl. vom 12. Dezember 1905; Beschw.-Reg. Nr. 706/05.) N.

410

Literatur.

Staudinger's Kommentar zum BGB. und dem EG. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse. b. Besonderer Teil. Erläutert von Karl Kober, Landgerichtsrat in München und Dr. Theodor Engelmann, Landgerichtsrat in München. 2. vollständig neubearbeitete Auflage. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Bd. II a und b (zusammen) geb. Mk. 36.—.

Mit der Vollendung des „besonderen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse" ist der Abschluß der 2. Auflage des umfassenden Werkes wieder um ein gutes Stück näher gerückt worden. Das System, nach dem die Verfasser vorgegangen sind, und die Vorzüge des Buches sind bekannt. Die übersichtliche Anordnung, durch die der gewaltige in den Erläuterungen zusammengetragene Stoff auseinandergelegt und gegliedert ist, läßt trotz der verwirrenden Fülle der Kasuistik und der Streitfragen ein rasches Auffinden des Gesuchten zu. Betrachtet man den Umfang, den die Bemerkungen zu einzelnen Vorschriften angenommen haben (so z. B. §§ 459, 535, 536, 559, 571, 611, 823, 833), so kann man sich einen Begriff von der unsäglichen Mühe machen, die allein das Zusammenfassen zahlloser Einzelheiten in eine klare Form und das Zurückführen auf Leitsätze gekostet hat. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß die Verfasser sich überall knapp und kurz gefaßt haben. Die Literatur zum BGB. ist wohl in keinem der bisher erschienenen Kommentare mit solcher Gewissenhaftigkeit aufgeführt, wie hier. Selbst Dissertationen sind berücksichtigt. Die Praxis kann sich hiernach wohl kein besseres und zuverlässigeres Handbuch wünschen, als es ihr in diesem Kommentar

---

[1]) Vgl. jetzt auch n. S. 6, 457.

[2]) Dies zeigt sich besonders schlagend, wenn die im Urkundenprozeß erhobene Klage zugleich als Kündigung wirkt (RGE. 53, 212; n. S. 5, 478). Völlig verschieden davon ist die Vorlage der Vollmachtsurschrift nach § 174 BGB.; vgl. JMBek. vom 14. Nov. 1902 (JMBl. S. 1049).

geboten wird. Sehr angenehm berührt auch der Umstand, daß bei der Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen niemals ein überlegener Ton angeschlagen wird, und daß keine Lösung, die irgendwie Zweifeln unterliegen kann, mit apodiktischer Sicherheit hingestellt wird. — — d — — —.

Trutzer, K., K. Oberreg.-Rat, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft. 3. Auflage bearb. von Bezirksamtsass. J. Keidel. Ansbach, C. Brügel & Sohn.

Die in der Praxis seinerzeit sehr beliebt gewesene Gräf-Trutzersche Ausgabe des land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherungsgesetzes von 1886 hatte in den letzten Jahren, abgesehen vom Fortschreiten der Rechtsprechung, namentlich durch das Inkrafttreten der Unfallversicherungsnovelle von 1900 ihre Brauchbarkeit leider eingebüßt. Bezirksamtsassessor (jetzt Bezirksamtmann) J. Keidel hat sich der sehr dankenswerten Aufgabe unterzogen, das Werk zu neuem Leben zu erwecken. Die Schwierigkeit einer derartigen Bearbeitung einer „Handausgabe" ist heutzutage, angesichts des großen Umfanges, zu dem die Rechtsprechung erwachsen ist, nicht gering. Doch hat sich der Verfasser seiner Aufgabe mit Geschick entledigt. Auch die 3. Auflage des Werkes wird ebenso wie ihre Vorgängerinnen der Praxis ein wertvolles Hilfsmittel sein. M.

Notiz.

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Ueberleitung von Hypotheken. Der durch die bekannte Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts notwendig gemachte, von den weitesten Kreisen mit Spannung erwartete Gesetzentwurf über die Nebenkautionen ist erschienen. Es ist ihm eine ausführliche Begründung beigegeben. Die Umstände, die ein Eingreifen der Gesetzgebung herbeigeführt haben, sind so vielfach und insbesondere in dieser Zeitschrift so ausführlich erörtert worden, daß es nicht nötig sein wird, zur Rechtfertigung des Entwurfes viel zu sagen. Der Entwurf besteht nur aus zwei Artikeln. Nach Art. 1 soll die zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben der Hauptsache bestellte Hypothek erlöschen, wenn und insoweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Diese Fassung des Art. 1 schließt sich eng an die Fassung des Abs. 1 des RG. vom 17. März 1906 an, durch das die Landesgesetzgebung die Ermächtigung zu dem nunmehr beabsichtigten Vorgehen erhalten hatte. Damit ist gänzlich ausgeschlossen, daß in Bayern künftig aus einer Nebensachekaution eine Eigentümerhypothek entsteht. Die Nebensachekautionen, die ihrem Wesen nach mit den im § 1178 Abs. 1 BGB. bezeichneten Hypotheken große Aehnlichkeit haben, sollen nunmehr rechtlich diesen gleichgestellt werden. Der den Gläubiger befriedigende Eigentümer erwirbt hiernach nur noch die für die Hauptforderung bestellte Hypothek; demgemäß kann er — was eine Einschränkung seiner Rechte gegenüber dem bisherigen Rechtszustande bedeutet — dem neuen Erwerber nicht auch die Nebensachekaution übertragen, also ihm nicht die seinem Vorgänger gewährte Sicherheit für die Nebenforderungen bieten. Darin liegt aber, wie die Begründung mit Recht hervorhebt, deshalb keine Unbilligkeit, weil nach dem neuen Rechte ein besonderes Bedürfnis zur Bestellung einer Nebensachekaution kaum mehr besteht (vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen im 1. Jahrg. dieser Zeitschrift S. 270).

Ausgeschlossen ist künftighin, daß bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Subhastat, ein früherer Eigentümer oder der Ersteher einen Anspruch auf den Betrag des Versteigerungserlöses machen kann, der an sich auf den vom Gläubiger nicht in Anspruch genommenen Teil der Nebenkaution fallen würde. Dieser Betrag wird stets den nachstehenden Gläubigern zufallen.

Diese Regelung wird in Art. 2 in weitem Umfange mit rückwirkender Kraft ausgestattet. Die Vorschriften über die rückwirkende Kraft sind von besonderer Wichtigkeit. Es gilt, einerseits die aus der Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts hervorgegangenen Unzuträglichkeiten tunlichst von Grund aus zu beseitigen, anderseits aber auch wohlbegründete — nicht nur in der Phantasie bestehende — Rechte zu schonen und zu verhindern, daß etwa auf Grund des Gesetzes Rückforderungsansprüche erwachsen, die zu neuen rechtlichen Zweifeln und zu Prozessen Anlaß geben.

Die bisher schon dem Eigentümer zugefallenen Nebensachekautionen sollen als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen gelten; sie können nicht mehr gepfändet werden, der Eigentümer kann über sie nicht mehr verfügen, im Zwangsversteigerungsverfahren keinen Anspruch auf den auf sie treffenden Teil des Erlöses erheben, einen bereits erhobenen Anspruch nicht weiter verfolgen. Die rückwirkende Kraft soll auch in Ansehung des Rechtserwerbes dritter Personen da eintreten, wo es sich um die Uebertragung, Verpfändung oder Pfändung nur künftiger Eigentümerhypotheken handelt; denn in solchen Fällen besteht nur eine Anwartschaft auf ein noch gar nicht vorhandenes Recht, und es ist höchst ungewiß, ob und in welchem Umfang ein Recht zur Entstehung gelangt. Der Entwurf schont aber auch die Rechte Dritter an einer schon wirklich entstandenen Eigentümerhypothek nicht ganz; er gibt nämlich dem Art. 1 rückwirkende Kraft auch gegenüber demjenigen, der an einer dem Eigentümer zu vollem Rechte zustehenden Nebenkautions-Hypothek ein Pfändungspfandrecht erworben hat. Die Begründung beruft sich zur Rechtfertigung dieses Eingriffs mit Recht auf die Analogie des § 892 BGB., der den Schutz des öffentlichen Glaubens jedem nicht rechtsgeschäftlichen Erwerbe versagt, sowie darauf, daß in dieser Frage, in der sich die Interessen der nachstehenden Hypothekgläubiger und des Pfandgläubigers unvereinbar gegenüberstehen, das Recht des ersteren als das ältere mehr Schutz verdient.

Die rückwirkende Kraft ist nur für den einen Fall ausgeschlossen, daß der Eigentümer die Eigentümerhypothek, nachdem sie sich in seiner Person mit dem Eigentum vereinigt hatte, abgetreten oder verpfändet hat. Hier handelt es sich um die rechtsgeschäftliche Uebertragung eines bestehenden Rechtes, wie sie der Eigentümer auch nach § 84 des HypG. in der Rechtsform der Rangeinräumung vornehmen konnte. Ein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem rechtsgeschäftlichem Erwerbe ist im Entwurfe nicht gemacht, wie ja auch § 892 BGB. einen solchen nicht kennt.

Art. 2 Satz 2 trifft Vorsorge dagegen, daß auf Grund des Gesetzes Bereicherungsansprüche erhoben werden. Hat jemand (Eigentümer, Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger) vor dem Inkrafttreten des Gesetzes mit Rücksicht auf die Entstehung der Eigentümerhypothek eine Befriedigung erhalten, so kann die Zurückgabe nicht von ihm verlangt werden. Als Befriedigung ist auch die Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher anzusehen (§ 118 ZwVG.).

Die Regelung, die der Entwurf vorsieht, ist zweifellos geeignet, künftighin jede Beunruhigung auszuschließen und wird den Interessen aller beteiligten Kreise vollauf gerecht.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

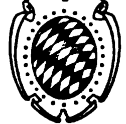
Nr. 10. München, den 15. Mai 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die künftige Behandlung der Nebensachekautionen im Zwangsversteigerungsverfahren.

Von Oberamtsrichter **Heinrich Seitz** in **Garmisch**.

Die in dieser Zeitschrift vielfach erörterte Frage nach der rechtlichen Stellung, welche der unter dem früheren Rechte neben einer Hypothek für den Hauptanspruch eingetragenen Kautionshypothek für nicht bevorzugte Zinsen, Kosten und Schäden nach dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechtes zukomme, geht nun einer befriedigenden Lösung entgegen. Die bayerische Landesgesetzgebung ist im Begriffe, von der ihr durch das Reichsgesetz vom 17. März 1906 (RGBl. S. 429) erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen und zu bestimmen, daß die erwähnten Nebenpfandrechte erlöschen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen. Jeder Vollstreckungsrichter, der unter dem bisherigen Widerstreit der Meinungen und Entscheidungen und dem Zwiespalt zwischen dem Gesetzesrechte und seinem Gerechtigkeitsgefühl zu leiden hatte, wird das neue Gesetz als eine Erlösung empfinden. Es ist jetzt wenigstens für das materielle Recht ein fester Boden geschaffen. Da kaum zu zweifeln ist, daß die Vorlage Gesetz wird, so möge es jetzt schon gestattet sein, die Frage zu erörtern, welche Einwirkung die zu erwartende Aenderung des materiellen Rechts auf das Zwangsversteigerungsverfahren ausübt. Dazu dürfte um so mehr Veranlassung gegeben sein, als die Novelle für das Verfahren keineswegs eine solche Klarheit und Einfachheit der Rechtslage schafft wie für das materielle Recht.

Die Höchstbetragshypothek des BGB. ist nicht ein bedingtes Recht. Das dingliche Recht besteht sofort und unbedingt; fraglich bleibt nur, wem es zusteht, ob dem Gläubiger oder dem Eigentümer. Indem nun aber die Landesgesetzgebung bestimmt, daß ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht, das zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben dem Pfandrechte für die Hauptforderung bestellt worden ist, erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, indem sie also die Entstehung einer Eigentümergrundschuld aus der — wie wir sie der Kürze halber bezeichnen wollen — Nebensachekaution ausschließt, ist für letztere die Rechtslage eine andere geworden. Es ist jetzt nicht mehr das allein unbestimmt, wem das eingetragene Recht zusteht, sondern auch ob und inwieweit es besteht. Hiermit hat die Nebensachekaution ihre rein akzessorische Natur, die ihr unter dem alten Recht eigen gewesen war, zurückerlangt; nur soweit Forderungen auf die Kaution erwachsen sind, besteht ein gegenwärtiges unbedingtes dingliches Recht. Es muß daher künftig auch die Umwandlung einer Nebensachekaution gemäß § 1186 BGB. ohne die Zustimmung der im Range Gleich- oder Nachstehend-Berechtigten als ausgeschlossen gelten. Es ist ferner selbstverständlich, daß im Zwangsversteigerungsverfahren die Nebensachekaution nur zu dem Betrage, zu dem Forderungen auf sie angewachsen sind, Befriedigung aus dem Grundstückserlös erlangt. Wenn die aus der Nebensachekaution zu deckenden Ansprüche ihrer Existenz und Höhe nach feststehen und wenn es sich nur um die Verteilung des Barerlöses handelt, ist die Rechtslage einfach und klar: Die Kaution wird soweit berücksichtigt, als Forderungen aus ihr zu decken sind, der überschießende Betrag gelangt an die nachstehenden Berechtigten. Schwieriger aber gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Höhe der aus der Kaution zu deckenden Forderungen noch nicht feststeht und wenn diese nicht aus dem Barerlös zu decken sind. Zur Klärung sollen im folgenden hauptsächlich die Fragen untersucht werden,

I. ob und inwieweit die auf die Nebensachekaution erwachsenen Ansprüche zur Vermeidung der in den §§ 37 Nr. 4, 110, 114 ZVG. angedrohten Rechtsnachteile schon vor dem Beginne der Versteigerung oder doch spätestens im Ver-

teilungstermine angemeldet und auf Verlangen glaubhaft gemacht werden müssen;

II. wie die Nebensachekautionen dann zu behandeln sind, wenn sie dem betreibenden Gläubiger vorgehen, also bei der Feststellung des geringsten Gebotes als vom Ersteher zu übernehmende Rechte zu berücksichtigen sind.

I.

Das ZVG. bestimmt: Rechte müssen, soweit sie zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes aus dem Grundbuche nicht ersichtlich waren, spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet und, wenn der — betreibende — Gläubiger widerspricht, glaubhaft gemacht werden. Von wiederkehrenden Leistungen, die nach dem Inhalte des Grundbuchs zu entrichten sind, brauchen die — seit dem letzten Fälligkeitstermine vor der Beschlagnahme des Grundstücks — laufenden nicht angemeldet, die rückständigen nicht glaubhaft gemacht zu werden. Die Unterlassung der Anmeldung und der allenfalls erforderlichen Glaubhaftmachung hat die Wirkung, daß die nicht angemeldeten anmeldungsbedürftigen Rechte bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt und bei der Verteilung des Versteigerungserlöses dem Anspruche des Beschlagnahmegläubigers und allen übrigen Rechten nachgesetzt werden (§§ 37 Nr. 4, 45, 110 ZVG.). Nach § 114 ZVG. müssen ferner spätestens im Verteilungstermine alle Rechte angemeldet werden mit Ausnahme 1. derjenigen Ansprüche, deren Betrag oder Höchstbetrag zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch ersichtlich war, 2. der laufenden Beträge wiederkehrender Leistungen, die nach dem Inhalte des Grundbuchs zu entrichten sind. Die Versäumung dieser Anmeldung schließt von der Berücksichtigung bei der Verteilung des Erlöses überhaupt aus; doch kann sie unterbleiben, wenn nur die erste Anmeldung (nach § 45 ZVG.) erfolgt war; umgekehrt kann die Anmeldung im Verteilungstermine niemals die nach § 45 erforderliche Anmeldung ersetzen und den Rechtsnachteil nach § 110 beseitigen. Die Anmeldungspflicht im Verteilungstermine (§ 114) betrifft einen weiteren Kreis von Rechten als die zum Versteigerungstermine. Für diese genügt es, wenn das Recht überhaupt aus dem Grundbuch ersichtlich ist; von der Anmeldepflicht nach § 114 dagegen sind Rechte nur befreit, soweit ihr Betrag — d. i. ihr Geldbetrag — oder ihr Höchstbetrag aus dem Grundbuch ersehen werden kann[1]). Ein als solches eingetragenes bedingtes Recht braucht zum Versteigerungstermine nicht angemeldet zu werden; es wird bei der Feststellung des geringsten Gebots als ein unbedingtes behandelt (§ 48 ZVG.). Ebensowenig besteht für ein solches Recht eine Anmeldepflicht zum Verteilungstermine, soferne nur sein Betrag oder Höchstbetrag aus dem Grundbuch zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks ersichtlich war; denn auch die mit einem Höchstbetrage eingetragenen bedingten Rechte sind als solche aus dem Grundbuche ersichtlich. In beiden Fällen gelten nach § 14 ZVG. Ansprüche von unbestimmtem Betrage als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrags.

Da die Nebensachekaution künftig das Grundstück nur unter der Bedingung dinglich belastet, daß Forderungen auf sie entstehen, demgemäß als ein bedingtes aus dem Grundbuch ersichtliches Recht anzusehen ist, so muß sie bei Feststellung des geringsten Gebots auch ohne Anmeldung berücksichtigt werden. Dasselbe gilt, da auch ihr Höchstbetrag aus dem Grundbuch ersehen werden kann, für die Verteilung des Erlöses. Auch wenn man die Nebensachekaution nicht ohne weiteres als ein bedingtes dingliches Recht gelten lassen will, ergibt sich doch aus § 14 ZVG., daß sie im Zwangsversteigerungsverfahren als ein solches behandelt werden muß. Sie ist ein dinglicher Anspruch von noch unbestimmtem Geldbetrag; denn als unbestimmt muß nach der Wortbedeutung nicht nur derjenige Betrag erachtet werden, der sich aus dem Grundbuch überhaupt nicht ergibt, z. B. der Geldbetrag des Anspruchs auf Naturalreichnisse, sondern auch derjenige, dessen Höhe aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist[1]). Daraus folgt, daß die aus der Nebensachekaution zu deckenden Ansprüche weder zum Versteigerungs- noch zum Verteilungstermine angemeldet werden müssen und daß, wenn Anmeldungen nicht erfolgt sind, der Höchstbetrag der Nebensachekaution sowohl bei Feststellung des geringsten Gebots als auch bei der Verteilung des Erlöses nach Maßgabe der für aufschiebend bedingte Rechte gegebenen Vorschriften voll angesetzt werden muß. Im Verteilungstermin wird also gemäß §§ 119, 120 ZVG. der Höchstbetrag der Kaution zunächst dem Hypothekgläubiger zugeteilt und gleichzeitig festgestellt, wem er zukommt, wenn der Anspruch des Hypothekgläubigers wegfällt; er wird aber nicht ausbezahlt, sondern hinterlegt.

---

[1]) Der Regierungsvertreter in der Reichstagskommission führte (Hahn, Mat. S. 107) allerdings aus, für die ohne Beschränkung auf einen Höchstbetrag eingetragenen älteren Hypotheken müsse, da der Betrag aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sei, ein Höchstbetrag nach § 45, also schon zum Versteigerungstermin angemeldet werden. Auch Jaeckel, 1. Aufl. § 14 Bem. letzter Abs., § 45 Bem. IV b, § 46 Bem. Abs. 1 scheint einen sachlichen Unterschied für die Voraussetzung der Anmeldungspflicht nach § 45 und § 114 nicht anzuerkennen. Der Unterschied im Wortlaut beider Gesetzesstellen darf aber nicht übersehen werden. Eine sachliche Abweichung ist auch aus dem verschiedenen Zwecke beider Bestimmungen wohl erklärlich.

[1]) So auch Fischer-Schäfer Bem. zu § 14.

Für die gegenteilige Meinung, die, wenn sie begründet wäre, große Vorteile für das Verfahren mit sich brächte, ließe sich folgendes anführen:

Angemeldet werden müssen alle Rechte, soweit sie nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Bei der Nebensachekaution läßt der Grundbucheintrag nicht erkennen, ob hier ein dinglicher Anspruch überhaupt besteht. Wenn keine durch die Kaution zu deckenden Forderungen entstanden sind, so besteht kein gegenwärtiges Recht des Gläubigers. Nur diejenigen Rechte aber sind von der Anmeldepflicht befreit, deren Existenz aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Auch die Bestimmung des § 14 hilft hierüber nicht hinweg. Hiernach sind zwar Ansprüche von unbestimmtem Betrage als aufschiebend bedingt zu behandeln, allein auch hier wird die Existenz eines Anspruches als gewiß und nur sein Geldbetrag als unbestimmt vorausgesetzt. Wo das Grundbuch die Existenz eines dinglichen Rechtes zweifelhaft läßt, ist das Recht aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Das ist auch der Grund, warum die Kosten und die rückständigen Zinsen behufs Befriedigung aus einer gewöhnlichen Hypothek angemeldet werden müssen; denn auch hier erstreckt sich zwar die Haftung des Grundstückes ohne weiteres auf die Kosten und Zinsen, der Prozentsatz der letzteren ist sogar in den meisten Fällen eingetragen, aber das Grundbuch läßt es offen, ob Kosten entstanden und ob Zinsen rückständig sind. Würden unter § 14 auch die Ansprüche fallen, deren Existenz ungewiß ist, so müßte ja auch der Anspruch auf Kosten und auf rückständige Zinsen als ein Anspruch von unbestimmtem Betrage gemäß § 14 als aufschiebend bedingt behandelt und nach § 45 mit § 48 ZVG. auch ohne Anmeldung berücksichtigt werden. Für die rückständigen Zinsen kommt noch hinzu, daß sich aus den Bestimmungen der §§ 45 Abs. 2, 114 Abs 2, wonach die laufenden Beträge wiederkehrender Leistungen nicht angemeldet zu werden brauchen, per argumentum e contrario auf eine Anmeldungsverpflichtung bezüglich der rückständigen Beträge schließen läßt. In § 61 des I. Entwurfs zum ZVG., der sachlich dem geltenden § 45 entspricht, war dies noch deutlicher ausgedrückt mit den Worten: „Ansprüche wegen wiederkehrender Leistungen, welche nicht zu den laufenden gehören, sind nur zu berücksichtigen, wenn sie . . . angemeldet sind.“ Es ist daher anzunehmen, das ZVG. stelle die Bestimmung, daß Rückstände wiederkehrender Leistungen anzumelden sind, als einen Grundsatz auf, der auf alle Fälle und daher auch auf die durch eine Nebensachekaution zu deckenden Rückstände Anwendung finden müsse.

Diese Folgerungen sind aber unhaltbar, weil sie den § 48 ZVG. und das ihm zugrunde liegende Prinzip außer acht lassen. Bei jedem bedingten Rechte läßt der Eintrag im Grundbuch ungewiß, ob das Recht besteht. Wenn die Bedingung ausfällt, hat dasjenige Recht, welches als bedingtes eingetragen war, nicht bestanden; die Bedingung kann auch schon ausgefallen sein, ohne daß dies aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Trotzdem ist ein eingetragenes Recht, wenn es auch nur als ein aufschiebend bedingtes eingetragen ist, gemäß § 48 ohne Anmeldung zu berücksichtigen. Das Gesetz geht sogar noch weiter, indem es die Berücksichtigung eines nur vorgemerkten oder durch Widerspruch gesicherten Rechtes wie die eines eingetragenen vorschreibt. Dies gilt nicht nur für die Anmeldung zum Versteigerungstermine, sondern auch für die zum Verteilungstermine. Die §§ 114, 119, 120 ZVG. lassen in ihrem Zusammenhalt keinen Zweifel, daß ein mit seinem Höchstbetrage aus dem Grundbuch ersichtliches bedingtes Recht bei der Verteilung auch ohne Anmeldung berücksichtigt wird, allerdings nicht durch Zahlung, sondern durch Hinterlegung. In unserem Falle hat sich zwar die Bedingung im Augenblicke der Verteilung schon entschieden; objektiv steht fest, wie viel auf die Nebensachekaution Forderungen angefallen sind, zu welchem Betrage das dingliche Recht besteht; ein bedingtes im eigentlichen Sinne ist daher das eingetragene Recht nicht mehr, weil der Begriff der Bedingung ein ungewisses künftiges Ereignis voraussetzt; aber das ändert nichts an der Tatsache, daß das Recht als ein bedingtes im Grundbuch eingetragen ist und daß aus dem Grundbuch nicht erhellt, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Nach dem I. Entwurf zum BGB. entstand aus einer Höchstbetragshypothek in der Regel keine Eigentümerhypothek — §§ 1128 mit 1094 —; man hatte es also hier mit einer Hypothek von unbestimmtem Betrage zu tun. Gerade für diese Rechte, bei denen die Rechtslage im wesentlichen dieselbe war wie nunmehr bei der Nebensachekaution, bestimmten die §§ 156 Ziff. 1, 160, 161 des I. Entwurfs zum ZVG., daß sie ohne Anmeldung in den Verteilungsplan als bedingte Rechte aufzunehmen seien. Das Wesentliche der letzteren Vorschriften ist in den §§ 14, 114 des Gesetzes wiedergegeben.

Aus dem Satze, daß die laufenden Beträge wiederkehrender Leistungen von dem Anmeldungszwange befreit sind, folgt an sich noch nicht, daß die nicht laufenden unter allen Umständen angemeldet werden müssen; es ergibt sich daraus nur, daß in den Fällen, in denen für wiederkehrende Leistungen ein Anmeldungszwang besteht, dieser sich auf die rückständigen Beträge beschränkt. Nun ist aber sofort zuzugeben, daß das ZVG. die einzelnen Beträge der wiederkehrenden Leistungen als anmeldungsbedürftige Ansprüche behandelt. Es unterscheidet aber zwischen dem Rechte auf wiederkehrende Leistungen an sich und den einzelnen rückständigen und laufenden Beträgen aus dem eingetragenen Recht auf wiederkehrende Leistungen. Ersteres braucht, soferne es nur aus dem Grundbuch ersichtlich ist, zum Versteigerungstermin überhaupt nicht, zum Verteilungstermine nur dann angemeldet zu werden, wenn sein Höchstbetrag nicht eingetragen ist. Von den Einzelbeträgen aber nimmt das Gesetz an, daß sie als bestehende Ansprüche aus dem Grundbuch nicht ersichtlich seien. Offenbar in dem gleichen Sinne behandelt es auch die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, überhaupt alle Nebenforderungen, soweit sie als Nebenforderungen aus dem mit einem bestimmten Betrage oder Höchstbetrage eingetragenen Rechte noch über den Betrag oder Höchstbetrag hinaus gefordert werden können. Wenn das Gesetz nicht sich selbst widersprechen

soll, muß man daher annehmen, der § 14 ZVG. habe nur den dinglichen Anspruch im ganzen, nicht aber die auf das dingliche Recht sich gründenden Einzelforderungen im Auge[1]).

Wenn demnach auch zweifellos die rückständigen Beträge wiederkehrender Leistungen, die aus einem im Grundbuch eingetragenen Rechte gefordert werden können, sei es daß das Recht sich in wiederkehrenden Leistungen erschöpft, sei es daß es wie die Verkehrshypothek auf die Zahlung eines Kapitals und nur nebenher auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist, angemeldet werden müssen, so darf daraus aber keineswegs geschlossen werden, daß jeder Rückstand aus einem Rechte auf wiederkehrende Leistungen kraft dieser seiner Eigenschaft grundsätzlich und unter allen Umständen dem Anmeldungszwange unterworfen ist. Dies kann insbesondere dann nicht zutreffen, wenn, wie bei der Nebensachekaution, die Befriedigung aus dem Grundstücke nicht kraft desjenigen Rechtes verlangt wird, aus dem sich die wiederkehrenden Leistungen ableiten (der Haupthypothek), sondern kraft eines besonderen, neben diesem Rechte bestellten selbständigen Rechts. Die Nebensachekaution ist nicht für ein Recht auf wiederkehrende Leistungen, sondern für Rückstände eingetragen. Nur gegenüber der Haupthypothek haben die Zinsrückstände den Charakter von Einzelbeträgen der aus ihr zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen, für die Kaution dagegen sind sie selbständige Forderungen, Teile der Hauptforderung selbst. Dasselbe gilt für die unter die Kaution fallenden Kosten; es sind ja dieses gerade diejenigen Kosten, für welche die Haupthypothek überhaupt nicht haftet, die also nur als Teile derjenigen Forderung in Betracht kommen, für welche die Kaution bestellt ist.

Nach dem I. Entwurf zum ZVG. §§ 44 Ziff. 4, 152 brachte die Unterlassung der Anmeldung zur Versteigerung nur den Nachteil mit sich, daß die nicht angemeldeten Rechte hinter die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten zurückgesetzt wurden, während nach dem ZVG. die Zurücksetzung hinter alle übrigen Ansprüche erfolgt. Die Gründe dieser Abweichung sind aus den veröffentlichten Materialien nicht zu ersehen. Jaeckel (Anmerkung zu § 110) und Steiner (Seite 82) geben als Grund an, daß es hierdurch allen Beteiligten ermöglicht werden sollte, mit annähernder Genauigkeit berechnen zu können, welches Gebot sie zur Deckung ihrer eigenen Forderungen zu legen haben. Sie werden mit dieser Auffassung wohl recht haben. Sonach wäre allerdings der Zweck des Gesetzes gegenüber der bayerischen Nebensachekaution nicht erreicht. Dies braucht aber nicht wunder zu nehmen, da der Gesetzgeber die spätere Ausschließung der Entstehung von Eigentümergrundschulden aus eingetragenen Hypotheken wohl nicht vorausgesehen hat und weil er überdies den Weg des § 8 des EG. z. ZVG. der Landesgesetzgebung zur Hintanhaltung solcher aus alten landesgesetzlichen Bestimmungen sich ergebenden Unzuträglichkeiten mit Absicht offen gelassen hat.

Im Anhange hierzu soll noch kurz die praktisch sehr häufig zu entscheidende Frage erörtert werden, inwieweit eine Haftung der Nebensachekaution für rückständige Zinsen nach dem geltenden Rechte überhaupt noch in Betracht kommt.

Die Nebensachekaution ist gewöhnlich für „nichtbevorzugte" — „nicht privilegierte" — Zinsen, Kosten und Schäden bestellt. Die Haupthypothek haftet nach materiellem Rechte — §§ 1115, 1118 BGB. — für alle rückständigen Zinsen, nicht nur für die der letzten 2 Jahre; doch gelangen die älteren Zinsrückstände kraft der prozessualen Vorschrift des § 10 ZVG. nicht in der vierten Klasse mit dem Hauptanspruch, sondern in der achten Klasse zum Zuge. Es ist klar, daß nach dem Willen der Vertragschließenden bei der Hypothekbestellung und damit nach dem Sinne des Eintrags im Grundbuch diese älteren Rückstände, weil nicht mehr im Range der Haupthypothek zum Zuge gelangend, als nicht bevorzugte und daher durch die Kaution zu deckende aufgefaßt werden müssen. Daß gegenüber der zwingenden prozessualen Vorschrift des § 10 ZVG. der Wille der Parteien sich durchzusetzen vermag, hat darin seinen Grund, daß — wie oben ausgeführt — für die Nebensachekaution die einzelnen hierauf treffenden Forderungen nicht als Einzelbeträge wiederkehrender Leistungen, sondern als der Hauptanspruch erscheinen.

Fraglich aber kann sein, ob auch diejenigen Zinsrückstände und Kosten, welche an sich in Klasse 4 zum Zuge kommen könnten, also die nicht mehr als 2 Jahre rückständigen Zinsen und die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung und der Kündigung, wenn sie ihr Vorzugsrecht durch die Versäumung der Anmeldung zum Versteigerungstermin verloren haben, nunmehr bei der Verteilung doch kraft der Nebensachekaution zur Deckung gelangen können. Für die Bejahung der Frage ließe sich anführen, mit der Versäumung der Anmeldung seien die Nebenforderungen nicht bevorzugte geworden und fielen daher von nun an unter die Nebenkaution, die ja als Hypothek während des ganzen Versteigerungstermins bis zum Zuschlag (§ 91) und, wenn sie bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt

[1]) Auch wenn man annimmt, nur die mit einem Betrag oder Höchstbetrag eingetragenen Rechte seien von der Anmeldepflicht nach § 45 befreit, entfiele sie für die unter die Nebenkaution fallenden Beträge, da ja ein Höchstbetrag eingetragen ist Fischer-Schäfer Bem. Abs. 1 zu § 110 will sogar die nach § 1115 Abs. 1 BGB. mit einem Höchstbetrag eingetragenen Nebenleistungen von der Anmeldepflicht befreien.

wurde, auch weiterhin (§ 52) bestehen bleibt; daß der Verlust des Vorzugsrechtes nicht durch das materielle, sondern durch das prozessuale Recht eingetreten sei, mache, wie wir gesehen hätten, keinen Unterschied; außerdem sei die Nebensachekaution in sehr vielen Fällen ausdrücklich auch für die Schäden aller Art bestellt und, wo dies nicht ausdrücklich geschehen sei, dürfe es als der Wille der Parteien unterstellt werden. Trotzdem wird die Frage zu verneinen sein. Unter nichtbevorzugten Zinsen und Kosten verstanden die Vertragsbeteiligten offenbar nur diejenigen, welche gesetzlich kein Vorzugsrecht oder ein schlechteres als die Haupthypothek genießen, nicht aber diejenigen Nebenforderungen, welche ihr ihnen vom Gesetze verliehenes Vorzugsrecht nur durch eine Säumnis des Gläubigers verloren haben. Letzteres darf um so weniger angenommen werden, als ja gerade nach dem früheren Rechte auch die aus einer Nebensachekaution zu deckenden Ansprüche gemäß Art. 98 SubhO., Art. 3, 20 der Novelle hierzu bei Meidung der Zurücksetzung bzw. Nichtberücksichtigung angemeldet werden mußten. Auch da wo die Kaution ausdrücklich auch für Schäden aller Art bestellt wurde, konnten darunter doch nur die Schäden gemeint gewesen sein, für welche der Schuldner überhaupt haftet, nicht aber solche, welche durch ein Verschulden des Gläubigers entstehen und daher dem Schuldner nicht zur Last fallen.

II.

Wenn die Nebensachekaution dem betreibenden Gläubiger vorgeht, wenn sie also bei der Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen ist, fragt es sich zunächst, ob die auf sie angefallenen Forderungsbeträge durch Zahlung zu decken sind, was zur Folge hätte, daß die Kaution insoweit erlischt (§ 52 ZVG.), oder ob sie bestehen bleiben und damit auf den Ersteher übergehen. Durch Zahlung zu decken sind nach § 49 ZVG. die Kosten sowie die im § 10 Nr. 1—3 und im § 12 Nr. 1, 2 bezeichneten Ansprüche. Unter Kosten sind hier nur die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens gemeint: § 10 Nr. 1—3 kommt hier ebensowenig in Betracht; auch § 12 Nr. 1 trifft nicht zu, weil hier nur die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung genannt sind und gerade diese ohne Inanspruchnahme der Kaution aus der Haupthypothek Deckung finden. Wohl aber scheint es auf den ersten Blick, daß die in § 12 Nr. 2 aufgeführten „Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen und andere Nebenleistungen" diejenigen sind, welche unter die Kaution fallen. In Wirklichkeit schlägt aber auch § 12 Nr. 2 nicht ein. Denn wenn man daran festhält, daß die Nebensachekaution eine selbständige Sicherungshypothek mit gleichem Rang neben der Haupthypothek ist, so sind eben für jene Sicherungshypothek die darunter fallenden Ansprüche keine Nebenleistungen, was sie nur gegenüber der Haupthypothek sind, sondern der Hauptanspruch (§ 12 Nr. 3) selbst[1]). Auch bei einer Höchstbetragshypothek des BGB. können Nebenforderungen der verschiedensten Art wie Spesen, Kosten, Zinsen einen in den Höchstbetrag einzurechnenden Teil des Hypothekanspruches bilden, vgl. § 1190 Abs. 2 BGB. Es ist aber wohl nicht zu bezweifeln, daß, wenn eine solche Höchstbetragshypothek bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt ist, alle unter den Höchstbetrag fallenden Ansprüche ohne Unterschied zwischen Haupt- und Nebenforderungen bestehen bleiben und vom Ersteher übernommen werden. Die Kosten der Kündigung und der dinglichen Rechtsverfolgung dagegen stehen auch bei einer Höchstbetragshypothek des BGB. außerhalb des Höchstbetrages. (Vgl. Motive zum BGB. III S. 768.) Diese müssen daher auch bar bezahlt werden. Um solche Kosten handelt es sich hier aber nicht. Es läßt sich zwar denken, daß auf die Kündigung und dingliche Verfolgung der unter die Nebensachekaution fallenden Forderungen besondere Kosten erwachsen. Diese außerhalb des Höchstbetrages der Nebenkaution zu deckenden Kosten müßten allerdings bar bezahlt werden[2]). Die innerhalb des Höchstbetrages der Nebenkaution zu deckenden Ansprüche aber bleiben bestehen[3]).

Wenn die auf die Nebensachekaution erwachsenen Forderungen schon vor dem Beginne der Versteigerung angemeldet sind, wenn also jetzt schon feststeht, wie weit die Kaution in Anspruch genommen ist, so ergibt sich eine verhältnismäßig einfache Rechtslage. Gesetzt, es gehen dem betreibenden Gläubiger eine Haupthypothek zu 10 000 Mk. und eine Nebensachekaution zu 1000 Mk. vor und es seien vor dem Versteigerungstermin als aus der Nebensachekaution zu deckende Forderungen 100 Mk. angemeldet worden, dann müssen die 10 000 Mk. Hauptsache, die laufenden Zinsen und die etwa angemeldeten sonstigen aus der Haupthypothek zu deckenden Nebenleistungen sowie der ganze Betrag der Nebensachekaution zu 1000 Mk. bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt werden. Die 10 000 Mk. Haupt- und 1000 Mk.

---

[1]) Es kommen daher auch bei der Verteilung des Barerlöses, da die Haupt- und die Kautionshypothek gleichen Rang haben, nach § 12 zunächst die aus der Haupthypothek zu deckenden Nebenleistungen und dann im Gleichrang unter sich das Kapital und die auf die Kaution angefallenen Beträge zum Zug.

[2]) Für sie bestünde auch eine Anmeldepflicht.

[3]) Anders wäre natürlich zu entscheiden, wenn die Nebensachekaution keine selbständige Hypothek, sondern nur eine unselbständige Erweiterung der Haupthypothek wäre. So ist der alte Streit hierüber auch künftig noch von praktischer Bedeutung.

Nebensachehypothek bleiben bestehen, zur Zahlung gelangen nur die aus der Haupthypothek zu deckenden Nebenforderungen. Die bestehenbleibende Nebenkaution bildet aber nur zum Betrage von 100 Mk. eine wirkliche Belastung des Erstehers; die von ihm übernommenen Schulden betragen insgesamt nur 10100 Mk. Wenn später auf die Nebenkaution noch weitere Forderungen anfallen, so entstehen sie nur dadurch, daß der Ersteher seine Zinsen und die von ihm geschuldeten Kosten nicht bezahlt. In den Preis des versteigerten Grundstückes, der sich aus den übernommenen Hypotheken und dem Meistgebot zusammensetzt, dürfen die restigen 900 Mk. nicht eingerechnet werden. Der Preis des Grundstückes kommt allerdings beim Zuschlag nicht unmittelbar zum Ausdruck, da hierbei nur das Bargebot genannt wird; für die Gebührenbewertung aber und für die Frage einer allenfallsigen Bereicherung des Erstehers ist diese Berechnung von ausschlaggebender Bedeutung.

Wenn auf die Haupthypothek eine Anmeldung erfolgt und wenn hierbei nur solche Zinsrückstände und Kosten angemeldet werden, die aus der Haupthypothek Deckung finden, so darf darin im Regelfalle wohl eine Fehlanzeige des Gläubigers bezüglich seiner Ansprüche aus der Nebensachekaution erblickt werden. Wenn aber bis zum Beginne des Versteigerungstermines eine Anmeldung weder auf die Haupt- noch auf die Nebensachehypothek erfolgt ist, so muß im Versteigerungstermine der ganze Höchstbetrag der Nebensachekaution als ein bestehen bleibendes Recht, und zwar als ein solches berücksichtigt werden, welches den Ersteher zum vollen Betrage wirtschaftlich belastet. Denn es ist nicht ausgeschlossen und kommt in der Praxis bei kleineren Hypotheken nicht einmal so selten vor, daß die älteren Zinsrückstände und die nicht bevorzugten Kosten den Höchstbetrag der Kaution erreichen.

Wenn dann nach dem Zuschlage bis zur Verteilung der auf die Kaution treffende Betrag angemeldet wird und dieser den Höchstbetrag erreicht, so ergibt sich keine Aenderung; der Ersteher behält mit der Kautionshypothek eine voll wirksame wirtschaftliche Belastung des Grundstücks. Insoweit aber die Anmeldung hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt, wäre der Ersteher bereichert. Der Ausgleich hierfür muß aus § 50 ZVG. gewonnen werden. Ist der Fall wieder wie in dem oben angenommenen Beispiel gelagert, so bestand die bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigte Hypothek von 1000 Mk. zu einem Betrage von 900 Mk. nicht. Der Eintrag im Grundbuche bestand und besteht zwar zu 1000 Mk. zu Recht, aber nur für einen Betrag von 100 Mk. als wirksame Hypothek, für den Rest zu 900 Mk. nur als offener Rang für die künftige Belastung. Die Kaution war als Hypothekrecht dadurch aufschiebend bedingt, daß Forderungen auf sie entstehen; diese Bedingung ist für den Betrag von 900 Mk. nun ausgefallen. Gemäß § 50 Abs. 2 Ziff. 1 ZVG. hat daher der Ersteher weitere 900 Mk. und zwar nach Abs. 1 Satz 2 ohne Zinsen nachzuzahlen. Aber auch wenn man diese Theorie eines bedingten Rechtes auf die Nebensachekaution nicht anwenden will, muß die Analogie des § 50 ZVG. zu dem gleichen Ergebnisse führen. Die Denkschrift Seite 46 bezeichnet es als selbstverständlich, daß, wenn eine übernommene Hypothek nicht haftet, der Vorteil hiervon nicht dem Ersteher, sondern den Beteiligten zufällt, welche bei dem Fortbestehen des Rechtes unbefriedigt bleiben würden. Auch in unserem Falle „haftet" die übernommene Hypothek zu einem Betrage von 900 Mk. nicht. Der § 50 ZVG. will eine ungerechtfertigte Bereicherung des Erstehers schon durch die Gestaltung des Zwangsversteigerungsverfahrens ausschließen, ohne die Beteiligten auf den Prozeßweg zu verweisen; er will es, wie die Motive zu § 69 des I. Entw. S. 172 sich ausdrücken, verhindern, daß das Versteigerungsgeschäft den Charakter eines gewagten Geschäftes annehme. Wenn aber einerseits bei der Versteigerung die Kaution als eine mit ihrem Höchstbetrage das Grundstück auch wirtschaftlich voll belastendes Recht berücksichtigt wurde, während sich nachträglich herausstellt, daß diese Belastung nur zum geringsten Teile bestand und wenn dann dieser Vorteil dem Ersteher verbliebe, so würde tatsächlich das Bieten im Versteigerungstermin ein aleatorisches Geschäft sein.

Nun steht der § 50 allerdings in Wechselbeziehung zu § 130 Abs. 2 ZVG. Hiernach ist bei Ausführung des Teilungsplanes, wenn sich ergibt, daß ein bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigtes Recht nicht zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen war, das Grundbuchamt um Löschung dieses Rechtes zu ersuchen. In unserem Falle wird aber doch von einer Löschung des nicht in Anspruch genommenen Kautionsbetrages abgesehen werden müssen. Das Kreditverhältnis, für welches die Kaution bestellt wurde, besteht, wenn auch zum Teil unter anderen Personen fort; es wäre ein ungerechtfertigter Eingriff in die Rechte des Hypothekgläubigers, wenn ihm nunmehr die weitergehende Sicherung der Nebensachekaution entzogen würde, mag auch ihr praktischer Wert unter der Herrschaft des BGB. gering sein. Zudem trifft § 130 Abs. 2 ZVG. auf den Fall nicht ganz zu. Wenn sich nämlich herausgestellt hat, daß die Nebensachekaution nicht in Anspruch genommen war, so hat sich zwar ergeben, daß die Hypothek als ein das Grundstück mit seinem ganzen Betrage belastendes gegenwärtiges und wirksames Recht nicht zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen war; allein das bedingte Hypothekrecht für künftige weitere Forderungen ist nicht erloschen und besteht fort. Letzteres aber würde gerade mit einer Löschung der Nebensachekaution beseitigt werden. Es wäre aber unrichtig, zu schließen, deshalb

weil § 130 Abs. 2 auf die nicht valutierte Nebensachekaution keine Anwendung finde, müsse auch von der Anwendung des § 50 ZVG. abgesehen werden. Die beiden Gesetzesstellen stehen zwar in einem gewissen inneren Zusammenhang, aber die Unmöglichkeit, in einem konkreten Falle den § 130 Abs. 2 auszuführen, bringt noch keineswegs die Nichtanwendung des § 50 mit sich. Man könnte ja wohl einwenden, der Ersteher werde durch eine solche Behandlung der Sache unbillig belastet; er habe in dem angeführten Beispielsfalle nach den Versteigerungsbedingungen die Hypotheken zu 10 000 Mk. und 1000 Mk. zu übernehmen gehabt, nun aber blieben beide Hypotheken, auch die zu 1000 Mk., ungelöscht im Grundbuch stehen und doch solle er 900 Mk. nachzahlen; das Bestehenbleiben der 900 Mk. Nebenkaution sei eben, weil es dem Gläubiger einigen Vorteil bringe, für den Eigentümer von Nachteil, der noch dadurch vergrößert werde, daß er schwerer Kredit auf die zweite Stelle erhalte, weil der Nachhypothekgläubiger niemals wissen könne, inwieweit die vorgehende Nebensachekaution in Anspruch genommen ist. Allein diese Beschwerde des Erstehers würde der Berechtigung entbehren; denn wenn es bei dem verblieben wäre, was beim Zuschlag vorausgesetzt wurde, wenn also die Nebensachekaution ganz in Anspruch genommen wäre, müßte er auch deren ganzen Betrag bezahlen, allerdings nicht in die Masse, sondern an den Hypothekgläubiger und er würde durch diese Zahlung ebensowenig die Löschung der Nebensachekaution erwirken können, da ja das Kreditverhältnis, für welches sie bestellt ist, fortbesteht und der Gläubiger daher nicht in die Löschung zu willigen brauchte.

Wenn eine Anmeldung auch im Verteilungstermin noch nicht erfolgt ist, so ist nach § 125 Abs. 2 ZVG. zu verfahren. Es wird dem nächstberechtigten, außerdem ausgefallenen Gläubiger die Forderung gegen den Ersteher auf Zahlung des Höchstbetrages der Kaution unter der Bedingung übertragen, daß Forderungen auf sie bis zum Zuschlage nicht angefallen sind.[1])

III.

Sehr häufig ist der Fall, daß eine nach den Versteigerungsbedingungen durch Barzahlung zu deckende Hypothek mit entsprechender Nebensachekaution durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher gemäß § 91 Abs. 2 ZVG. übernommen wird. Solange die Nebensachekaution eigentümergrundschuldfähig gewesen, war zu einer solchen Vereinbarung der Beitritt des bisherigen Eigentümers notwendig, es sei denn daß das Nichtentstehen einer Eigentümergrundschuld nachgewiesen war. Dies entfällt jetzt; es genügt nunmehr eine Vereinbarung zwischen Hypothekgläubiger und Ersteher. In diesem Falle vermindert sich nach § 91 Abs. 3 ZVG. die Zahlungsverpflichtung des Erstehers um den Betrag, der aus der Hypothek, soweit sie übernommen ist, an den Hypothekgläubiger zu zahlen gewesen wäre, also wenn die Nebensachekaution zu einem Teil in Anspruch genommen ist, um diesen Teilbetrag, wenn sie ganz in Anspruch genommen ist, um den Höchstbetrag. Wenn noch ungewiß ist, inwieweit Forderungen auf die Nebensachekaution angefallen sind, so bleibt der Ersteher bis auf weiteres den Kautionshöchstbetrag zur Masse schuldig, weil es seine Sache ist, nachzuweisen, welche Passivrechte er übernommen hat und welche Minderung seiner Zahlungspflicht dadurch eingetreten ist. Der Höchstbetrag kann aber auch an den Nächstberechtigten nicht eher ausbezahlt oder, wenn er noch nicht bezahlt ist, nicht eher unbedingt überwiesen werden, als die Summe der aus der Nebensachekaution zu deckenden Forderungen festgestellt ist. Bis dorthin muß er, soweit er schon gezahlt ist, hinterlegt bleiben; soweit er noch nicht bezahlt ist, wird die Forderung auf Nachzahlung gegen den Ersteher dem Nächstberechtigten unter der Bedingung zugeteilt, daß der Höchstbetrag der Kaution durch die auf sie angefallenen Forderungen nicht erschöpft ist.

Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, wie wenig das Ergebnis dieser Untersuchungen gegenüber dem berechtigten Verlangen nach Klarheit und Uebersichtlichkeit des Verfahrens befriedigen kann. Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten sind hiernach unvermeidbar; selbst nach Abschluß des Verfahrens bleibt häufig eine Ungewißheit der Rechtslage bestehen. Auch muß es befremden, daß die unter die Haupthypothek fallenden Nebenforderungen also insbesondere die nicht mehr als 2 Jahre rückständigen Zinsen einer Anmeldung bedürfen sollten, die früheren Zinsrückstände und die nicht bevorzugten Kosten aber nicht. Der größte Teil der Schwierigkeiten wäre vermieden, das Verfahren wäre bei weitem übersichtlicher und für jedermann verständlicher, wenn die unter I gestellte Frage bejaht werden könnte, wenn also alle aus einer Nebensachekaution zu deckenden Ansprüche schon zum Versteigerungstermin angemeldet werden müßten. Niemand würde es daher mehr begrüßen als der Verfasser, wenn der erste Teil seiner Ausführungen eine überzeugende Widerlegung erführe.

---

[1]) Anm. des Herausgebers. Wir werden auf die hier aufgeworfenen Fragen in den nächsten Nummern zurückkommen. Hierbei werden wir auch erörtern, inwieweit die Notare zur glatten Abwickelung aller sich etwa aus § 50 ZVG. ergebenden Schwierigkeiten beitragen können.



Die Stellung des Anklagevertreters im Militärstrafprozesse.

Von Kriegsgerichtsrat **Karl Endres** in Würzburg.

Der Militärstrafprozeß kennt nur bei dem Reichsmilitärgericht eine Staatsanwaltschaft (Militäranwaltschaft). Bei den Standgerichten werden die staatsanwaltschaftlichen Funktionen durch Gerichtsoffiziere, bei den Kriegs- und Oberkriegsgerichten durch Militärjustizbeamte (Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräte) versehen. Die Gerichtsoffiziere werden von dem Gerichtsherrn aus der Zahl der Subalternoffiziere bestellt, mit der Anklagevertretung vor dem Kriegs- und Oberkriegsgerichte wird jeweils vom Gerichtsherrn ein Kriegsgerichtsrat oder Oberkriegsgerichtsrat beauftragt. Der Umfang der von den militärischen Anklagevertretern wahrzunehmenden Funktionen ist jedoch bedeutend kleiner als derjenige der Staatsanwälte bei den bürgerlichen Gerichten. Eine selbständige Strafverfolgung steht den militärischen Anklagevertretern nicht zu; diese liegt ausschließlich in der auf der Kommandogewalt beruhenden Zuständigkeit der Militärbefehlshaber, welche als „Gerichtsherrn“ die militärische Gerichtsbarkeit ausüben (§ 12 MStGO.). Die Gerichtsoffiziere und die Militärjustizbeamten sind daher — insoweit letztere nicht als Richter in der Hauptverhandlung der Kriegs- und Oberkriegsgerichte fungieren, in welchem Falle sie unabhängig und nur dem Gesetze verantwortlich sind (§ 18) — Organe des Gerichtsherrn bei Ausübung der Rechtspflege und ihren Weisungen unterworfen (§ 97 Abs. 1). Ein Korrektiv bildet die eventuelle Entscheidung des Oberkriegsgerichts bei Beanstandung einer Weisung rc. des Gerichtsherrn seitens des Militärjustizbeamten oder des Gerichtsoffiziers. Auch die Einlegung von Rechtsmitteln und die in das Gebiet der Strafvollstreckung fallenden Maßnahmen sind nicht dem Anklagevertreter, sondern dem Gerichtsherrn, gegebenenfalls unter Mitzeichnung des Gerichtsoffiziers oder eines Militärjustizbeamten, welcher aber nicht der Anklagevertreter gewesen zu sein braucht, zugewiesen. Das Tätigkeitsgebiet des Anklagevertreters ist hauptsächlich die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, welcher der Gerichtsherr nicht beiwohnen darf (§ 273 Abs. 2). Sein Vertreter ist hier der Gerichtsoffizier, oder der mit der Vertretung der Anklage beauftragte (§ 255, 386) Militärjustizbeamte. Der Begriff der militärischen Gerichtsbarkeit setzt sich aus zwei Zweckfaktoren zusammen: gesetzliche Durchführung der Anklagesache, Wahrung der militärischen Interessen. Hierdurch, als dem Pflichtgebiete des mit Ausübung der militärischen Gerichtsbarkeit betrauten Befehlshabers, erhält auch die Tätigkeit des Anklagevertreters in der Hauptverhandlung ihre Grundlage und Richtung. Wahrung der Gesetzlichkeit des Verfahrens, Wahrung der militärischen Interessen! In der Verfolgung dieser Pflicht, wie in seiner Tätigkeit überhaupt ist der Anklagevertreter unabhängig von dem Gericht, vom Vorsitzenden und Verhandlungsführer. Weder dem Vorsitzenden, noch dem Verhandlungsführer steht ein Recht der Zurechtweisung oder der Rüge gegenüber dem Anklagevertreter zu. Sollte durch das Auftreten des Anklagevertreters die Ordnung der Verhandlung gestört werden, so hat der Vorsitzende wohl das Recht sachlicher Maßregeln, z. B. Unterbrechung der Verhandlung anzuordnen oder ihre Aussetzung anzuregen, nicht aber die Befugnis persönlicher Vorhaltungen an den Anklagevertreter. Ebensowenig steht es einem Mitgliede des Gerichtshofes zu, gegenüber einem Antrage oder einer Meinungsäußerung des Anklagevertreters seine Mißbilligung oder abweichende Ansicht in abfälliger Form kund zu geben. Ein derartiges Verhalten würde die Anrufung des Vorsitzenden zur Aufrechthaltung der Ordnung begründen, abgesehen von etwaigen weiteren Maßregeln. Derartige Fälle werden jedoch zu den äußersten Seltenheiten gehören. Vordringlicher erscheint wohl dagegen die Frage, ob dem Anklagevertreter das Recht zusteht, in der Hauptverhandlung auch außerhalb der durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fälle jederzeit Gehör zu verlangen zur Wahrung der Gesetzlichkeit des Verfahrens oder der militärischen Interessen. Diese Frage dürfte zu bejahen sein. Die gesetzlichen Fälle ausdrücklicher Notwendigkeit einer vorherigen Anhörung des Anklagevertreters vor einer gerichtlichen Entscheidung sind folgende: § 280 (Entbindung des Angeklagten vom Erscheinen in der Hauptverhandlung), § 299 Abs. 2 (Absehen von Aufnahme einzelner Beweise), § 299 Abs. 4 (Umgangnahme von Zeugenbeeidigung), § 300 Abs. 2 (Vernehmung nachträglich benannter Zeugen), § 302 (Entlassung von Zeugen von der Gerichtsstelle), § 305 Abs. 2 (Verlesung von Aussagen bei Nichtvorliegen der kommissarischen Vernehmungsform), §§ 312 u. 393 (Begründung der Anklage), § 319 (Einbeziehung einer weiteren, als der in der Anklageverfügung enthaltenen Tat in die Aburteilung), § 392 (Verlesung von Zeugenaussagen in der Berufungsinstanz unter den in dieser Gesetzesstelle bezeichneten Voraussetzungen). Außerhalb der Hauptverhandlung ist dem Anklagevertreter Gelegenheit zur Antragstellung zu geben vor Entscheidungen über die Strafvollstreckung: § 461 Abs. 3 (nachträgliche Festsetzung einer Gesamtstrafe), § 464 (Auslegung eines Urteils, Strafzeitberechnung, Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung und Ablehnung eines Strafaufschubantrags). Ueberdies steht dem Anklagevertreter, wie jeder bei der Verhandlung beteiligten Person, das Recht zu, eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung als unzuläßig zu beanstanden (§ 292 Abs. 3), sowie die Feststellung und Protokollierung zu „verlangen“, wenn die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten

nach seiner Ansicht in mangelhafter oder ungenügender Weise erfolgt (§ 334).

Allein nicht nur das Recht nachträglicher Beanstandung einer auf die Sachleitung bezüglichen Anordnung und nachträglichen Verlangens der Feststellung und Protokollierung steht dem Anklagevertreter zu, sondern auch das Recht des Einspruchs gegen bevorstehende Gesetzesverletzungen, z. B. bei Beginn der unzulässigen Verlesung von Schriftstücken. Dieses Recht ergibt sich in erster Linie aus der Stellung des Anklagevertreters als Stellvertreters des Gerichtsherrn, dessen Aufgabe und Pflicht die Wahrung des Gesetzes ist. Eine Gesetzwidrigkeit zulassen, ohne ihr trotz bestehender Möglichkeit schon bei Bevorstehen zu wehren, ist gleichbedeutend mit der Selbstbegehung. Auch die nachträgliche Beanstandung und Feststellung, wie auch die nachträgliche etwaige Einlegung eines Rechtsmittels macht die Gesetzesverletzung nicht ungeschehen. Zu einer so passiven Rolle des Zuschauers aber kann der namens des Gerichtsherrn fungierende Anklagevertreter nicht verurteilt werden. In gleicher Linie muß der Anklagevertreter mindestens rechtlich mit dem Angeklagten und dem Verteidiger stehen, welchen unzweifelhaft das Recht zugestanden werden wird, gegen drohende Beeinträchtigung ihrer Rechte jederzeit sofort Einspruch zu erheben. Zudem ist selbst die Möglichkeit absichtlichen Stillschweigens des Angeklagten bei Wahrnehmung von prozessualen Gesetzesverletzungen zum Zwecke nachträglicher Rechtsmitteleinlegung nicht ausgeschlossen. In gleicher Weise wie bei Gesetzesverletzungen muß ein Abwehrrecht des Anklagevertreters auch bei Gefahr der Verletzung militärischer Interessen bestehen. Die militärischen Interessen sind mit dem militärgerichtlichen Verfahren untrennbar verbunden; sie bilden die Grundlage des Militärstrafprozesses, welcher auf der Kommandogewalt als Hüterin der Disziplin und militärischen Dienstesinteressen aufgebaut ist. In welcher Weise der Anklagevertreter seine Stellung als Vertreter des Gerichtsherrn wahrzunehmen hat, ergibt sich aus den beiden angeführten Gesichtspunkten. Innerhalb dieses Rahmens ist seiner persönlichen Ueberzeugung keine Schranke gesetzt, insoweit ihn nicht der Gerichtsherr mit besonderer Weisung versehen hat (Prüfungsergebnis des Reichsmilitärgerichts II, 31). Außer in diesem Falle liegt ihm keine Verpflichtung ob, eine nach seiner Ansicht entkräftete Anklage aufrecht zu halten, eine nach seiner Anschauung unbegründete Berufung für begründet zu erklären. Selbst in dem Falle einer besonderen Weisung des Gerichtsherrn wird der Anklagevertreter bei abweichender persönlicher Meinung eine geeignete Form finden, um seinem Gewissen und seiner Pflicht gegenüber dem Gerichtsherrn gleichmäßig zu genügen. — Müßig wird vielleicht die Frage erscheinen, welche Mittel dem Anklagevertreter bei einer nach seiner Ansicht vorliegenden Beeinträchtigung seiner Befugnisse in der Hauptverhandlung zur Erlangung seines Rechts zu Gebote stehen. In der Verhandlung selbst steht ihm, wie bereits erwähnt, die Beanstandung und Erwirkung eines Gerichtsbeschlusses nach § 292 Abs. 3 MStGO., die Beantragung der Feststellung und Protokollierung des Vorfalls, nach der Hauptverhandlung Mitteilung an den Gerichtsherrn behufs Rechtsmitteleinlegung und bei etwaigem mehr persönlichem als rechtlichem Charakter der Sache Meldung an die Militärjustizverwaltung zu. Das beste Mittel zur Verhütung derartiger immerhin peinlicher und dem Zwecke eines gedeihlichen Zusammenwirkens widerstrebender Vorfälle aber wird das Taktgefühl auf beiden Seiten sein. Nur ganz vereinzelt wurde in den Tageszeitungen von Mißhelligkeiten zwischen einem Anklagevertreter und dem Verhandlungsführer oder dem Vorsitzenden berichtet, so daß diese Frage mit Recht und Befriedigung zurzeit und hoffentlich auch künftig als nur theoretisch bezeichnet werden kann.

Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren.

Ein Beitrag zur Lehre vom „Augenschein“ und von der „Durchsuchung“.

Von **Joseph Kreß**, I. Staatsanwalt in Regensburg.

(Fortsetzung.)

D. Gründe für die herrschende Meinung.

a. Die legislatorische Entwicklung des Augenscheins (körperliche Besichtigung):

v. Kries in seinem Lehrbuch S. 410 hat versucht, die Duldungspflicht historisch nachzuweisen. Er geht davon aus, daß diese Pflicht in den unter der Herrschaft des späteren gemeinen Inquisitionsprozesses und des reformierten Strafprozesses erlassenen Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen gewesen sei und daß das bestehende Recht diese Pflicht nicht durch konkludentes Schweigen habe beseitigen wollen. Mit Recht bezeichnet Beling diesen Versuch als mißlungen. Geht er doch von einer falschen Prämisse aus!

Eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts, daß die körperliche Besichtigung zu dulden sei, enthalten die von Kries allegierten Gesetzesstellen allerdings nicht. Es wird vielmehr vorgeschrieben, was der Untersuchungsrichter zu tun habe, um seiner Aufgabe gerecht zu werden, daß und in welcher Weise er die körperliche Untersuchung vorzunehmen habe, um den Tatbestand — insbesondere den objektiven — sicher zu ermitteln, oder auch, wie er zu verfahren habe, wenn er glaube, die körperliche Untersuchung vornehmen zu sollen. In diesem Sinne lauten übereinstimmend alle den Augenschein und in Sonderheit die körperliche Besichtigung behandelnden Vorschriften der

Strafprozeßgesetze, wie solche in der Zeit von rund 1800 bis 1880, angefangen von der preuß. Kriminalordnung des Jahres 1805 bis zu der österreichischen StPO. vom Jahre 1873, in Geltung waren, einschließlich der nicht weiter gediehenen Entwürfe.

So schreibt § 133 der preuß. Krim.-Ordnung vom 11. Dezember 1805 vor: „Die Ausmittlung des Tatbestands muß sich der Richter vorzüglich angelegen sein lassen. Er muß da, wo es möglich ist, durch eigene sinnliche Wahrnehmung von den das Verbrechen bezeichnenden Umständen sich überzeugen." In den §§ 136 mit 139 wird dies dann des näheren ausgeführt.

Löwe, Der preuß. Strafprozeß 1861, faßt den Inhalt dieser Bestimmungen dahin zusammen:

Bei Verbrechen, die ihrer Natur nach sinnlich wahrnehmbare Spuren zurücklassen, müssen

a) regelmäßig die letzteren durch den Richter oder durch Sachverständige in Augenschein genommen werden;

b) wo dies nicht möglich oder das unter a genannte Erfordernis in dem Gesetze ausdrücklich nachgelassen ist, muß der Umstand, daß dergleichen sinnlich wahrnehmbare Erscheinungen vorhanden gewesen, durch andere Beweismittel festgestellt werden;

c) wo diese Erscheinungen überhaupt nicht nachweisbar sind, muß der Grund ihres Fehlens festgestellt werden.

Bayer. Strafgesetzbuch v. J. 1813, Teil II:

Art. 74: „Vor allen Dingen soll der Untersuchungsrichter sich bemühen, die von dem Verbrechen zurückgebliebenen Spuren . . . zu entdecken, dieselben durch Augenschein in gesetzlicher Weise nach den näheren Bestimmungen des Tit. III Kap. IV zu erforschen . . ."

Art. 79: „Desgleichen, wenn eine Person verwundet, verletzt oder vergewaltigt worden ist, sollen die vorhandenen Spuren und wie dieselben wahrscheinlich entstanden sein mögen, durch den Gerichtsarzt im Beisein des Gerichts genau erforscht werden."

Art. 232: „Sobald irgend einer auf die Untersuchung oder das Straferkenntnis einfließender Umstand . . . durch Augenschein erhoben werden kann, ist der Untersuchungsrichter in jedem Teile des Prozesses denselben unverzüglich vorzunehmen verbunden."

Württembergische Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843:

Art. 94: „Die Gegenstände des Augenscheins müssen von den Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtspersonen besichtigt und untersucht werden. Ausnahmen treten nur ein, wenn Rücksichten des sittlichen Anstands solches erheischen ..."

Badische Strafprozeßordnung vom 6. März 1845:

§ 86: „Augenschein ist vorzunehmen, so oft ein irgend erheblicher Umstand hierdurch aufgeklärt werden kann . . ."

§ 108: „Bei Körperverletzungen ist sogleich die Besichtigung des Verletzten durch den gerichtlichen Arzt . . . und nach Umständen der Augenschein auf dem Platz, an welchem die Verletzung verübt wurde, zu veranstalten."

§ 92 deckt sich inhaltlich mit Art. 94 der württ. StPO.

Sächsische Strafprozeßordnung vom 11. August 1855:

Art. 173: „Beaugenscheinigung ist vorzunehmen, so oft ein für die Untersuchung erheblicher Umstand dadurch aufgeklärt werden kann ..."

Art. 174 Abs. III: „Wird die körperliche Besichtigung einer Frauensperson . . . erforderlich, so ist dieselbe nach dem Ermessen des Richters von einem Arzte oder in geeigneten Fällen von einer Hebamme oder von beiden vorzunehmen."

Beling behauptet nun, daß alle diese Gesetzesbestimmungen nur Instruktionen für den Richter enthielten, dagegen eine Duldungspflicht nicht statuierten. Richtig ist nun allerdings, daß das imperative „Soll" in der Sprache der Gesetzgebung in einem verschiedenen Sinne gebraucht wird. Häufig hat es nur die Bedeutung: „Der Richter soll, muß!" In obigen Gesetzen besagt es: „Der Richter soll und der andere muß", wie dies die Geschichte des Augenscheins erweist.

Dieser ist in der Hauptsache das Erzeugnis der Praxis des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses. Er bestand in der amtlichen Erforschung, Prüfung und Beschreibung sachlicher Beweismittel. Vgl. Glaser, Handbuch I S. 656 f. und dessen Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß S. 372; Archiv des Krim.-Rechts Bd. 5 Stck. 3 S. 11.

Daß der gemeine inquisitorische Prozeß, welcher den Richter anwies, die Wahrheit zu suchen und „ihm nahezu unbeschränkte Rechte in bezug auf die Verschaffung der Mittel hierfür gab" — Glaser, Handbuch I S. 31 — vor der persönlichen Integrität und Freiheit so wenig Halt machte, wie vor dem Frieden des Hauses, verstand sich in Anbetracht der Kulturstufe, auf der damals das deutsche Volk stand, der Entwicklung, welche das Rechtsleben genommen und der Prinzipien, welche das damalige Strafverfahren beherrschten, einfach von selbst. Solche Faktoren aber sind, wie Spitznagel a. a. O. S. 1 mit Recht hervorhebt, in der Hauptsache für die Bestimmung des Umfangs und der Intensität des Eingriffs der staatlichen Zwangsgewalt in die Privatrechtssphäre und die persönliche Freiheit des einzelnen von maßgebendem Einfluß. Im

Zeitalter der durch keine verfassungsrechtlichen Schranken eingeengten absoluten Herrschergewalt konnte die Frage, ob der instruktionsgemäß handelnde Richter seine Anordnungen allenfalls mit Gewalt durchsetzen dürfe oder aber vor den „Grundrechten der Menschheit", vor der „natürlichen Freiheit des Menschen in der Verfügung über seinen Körper" zurückweichen müsse, selbstverständlich gar nicht auftauchen. Es kann infolgedessen nicht wundernehmen, daß das gemeinrechtliche Strafverfahren der damaligen Zeit, dessen „Charakter" nach Köstlin, Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens S. 86 in der „grundsätzlichen Nichtachtung der Rechte der freien Persönlichkeit" bestand, spezielle Bestimmungen des Inhalts, daß man sich diesen oder jenen dem Richter erlaubten Eingriff in die persönliche oder häusliche Sphäre, z. B. eine körperliche Besichtigung, gefallen lassen müsse, überhaupt nicht aufwies; denn es „erkannte in diesem Punkt kein anderes Gesetz an als die Zweckmäßigkeit, welcher gegenüber die persönliche Freiheit als das bloß Akzidentielle in Betracht kam" (Köstlin a. a. O. S. 87). Man handelte nach dem Grundsatze der l. 2 D. de jurisd. — oben unter II C a —; dem Untersuchungsrichter war alles erlaubt, was für die Zwecke der Strafrechtspflege unentbehrlich schien (Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren I S. 542; Geyer, Lehrbuch S. 207, 551 ff.).

Von diesen Grundsätzen abgesehen — ergab sich die Erzwingbarkeit des Augenscheins übrigens schon von selbst aus der Vorschrift, daß alle Tatsachen, die der Richter sinnlich wahrnehmen könne, auch durch Augenschein bewiesen werden müßten (Birkmeyer a. a. O. S. 414). Schon hierdurch war der Richter bei allenfallsigem Widerstande auf das Mittel des Zwangs verwiesen.

Nun setzte die Reformbewegung der vierziger Jahre des verflossenen Jahrhunderts ein und produzierte u. a. die — oben — erwähnten Strafprozeßgesetze. Man trennte Anklage und Untersuchung und überwies erstere eigenen Beamten, den Staatsanwälten; man führte „Oeffentlichkeit" und „Mündlichkeit" sowie Geschworene ein; allein — das Inquisitionsprinzip blieb, und zwar ohne jedwede wesentliche Einbuße[1]).

Vor wie nach hatte der Untersuchungsrichter mit allen gesetzlich zulässigen Mitteln auf die Feststellung materieller Wahrheit hinzuarbeiten. Auf diesem Standpunkte standen sämtliche Prozeßgesetze, manche, z. B. die sächsische StPO. vom Jahre 1855 hatten diesen Grundsatz sogar formuliert an die Spitze gestellt, Art. 1 und Motive hiezu S. 152 ff.

In dem gleichen Umfang wurde aber auch — ganz nach der Regel des gemeinen Inquisitionsprozesses — die Duldungspflicht, die Verbindlichkeit, sich den richterlichen Anordnungen zu fügen, in Anspruch genommen. An Widerspruch nach dieser Richtung hat es allerdings nicht gefehlt. Man hatte doch das Gefühl, daß sich die Prinzipien des Inquisitionsprozesses, die im Grunde auf den Satz: „Der Zweck heiligt die Mittel" hinausliefen, in voller ursprünglicher Schroffheit mit dem Geiste der neuen Zeit, die da „Menschenrechte", „Grundrechte" auf ihr Programm geschrieben hatte, nicht vertrügen.

So führte Brauer im Archiv des Krim.-Rechts n. F. 1846 S. 583 ff. bezüglich unserer Frage aus, daß nicht allein die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit des Augenscheins und der Durchsuchung Vornahme und Erzwingung rechtfertige, daß vielmehr in jedem Falle die Duldungspflicht gesetzlich begründet sein müsse. Es liest sich wie eine Kritik der modernen reichsgerichtlichen Judikatur — oben: Anhang —, wenn Brauer a. a. O. sagt: „Die Antwort, daß dem Rechte des Staates, begangene Verbrechen zu untersuchen, die Pflicht des Staatsbürgers, alles, was in dieser Absicht vom Staate unternommen wird, zu dulden, gegenübersteht, kann uns nicht befriedigen, weil sie in dieser Allgemeinheit unrichtig ist und den Bürger zu einer Sache erniedrigt, an welcher der Richter beliebig experimentieren könnte."

Im „Gerichtssaal" — I. Jahrg. Bd. II S. 337 f. — verteidigte Brauer nochmals seine Anschauung. Doch — die Gesetzgeber des reformierten Strafprozesses ließen es, wie gesagt, beim alten. Sie gaben dem Richter die Befugnis, Augenschein — auch am menschlichen Körper — einzunehmen in einer Form, die zugleich für die Betroffenen die Pflicht zur Duldung in sich schloß. Anders ist das Verhältnis auch niemals aufgefaßt worden.

Planck — Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848 S. 223 ff. — beklagt es: „daß die durch den bisherigen Untersuchungsprozeß begünstigte völlig ungebührliche Ausdehnung der Zwangspflicht der Staatsbürger, sich dem richterlichen Augenschein zu unterwerfen, in den neueren Gesetzen keineswegs beseitigt sei". Nach seiner Darstellung lassen sich die einschlägigen Bestimmungen der neueren Prozeßgesetze in dem Satze zusammenfassen:

a) Jedermann ist verpflichtet, die Besichtigung seines Körpers zu gestatten, wenn zu vermuten ist, daß sich an diesem bestimmt zu bezeichnende und existierende Spuren eines Verbrechens vorfinden; außerdem ist

b) jedermann gehalten, die Besichtigung seiner Person zu gestatten, sobald eine Wahrscheinlichkeit — bei Unverdächtigen eine dringende Wahrscheinlichkeit —, daß dadurch eine für die einge-

[1]) Vgl. auch Zachariä, Handbuch des Strafprozesses II S. 68.

leitete Untersuchung erhebliche Aufklärung gewonnen werden kann, vorliegt.

Jagemann im Kriminallexikon S. 69 läßt den Augenschein u. a. an lebenden und toten Menschen statthaft sein und fügt hinzu: „Das Gericht ist in der Ausdehnung solcher Erhebungen unbeschränkt und hat niemand Einspruchsrecht gegen die Vornahme, sollte die dadurch hervorgerufene Störung oder Verdächtigung noch so empfindlich sein."

In der Sache mit Planck übereinstimmend äußert sich Zachariä a. a. O. S. 217 wie folgt: „Die Vorschriften über die Einnahme des Augenscheins, wie sie der gemeinrechtliche Untersuchungsprozeß aufstellte, sind im ganzen auch noch für die Voruntersuchung des reformierten Strafverfahrens maßgebend, wie sich aus einer Vergleichung der neueren Strafprozeßordnungen ergibt, die darüber Bestimmungen geben, während mehrere auch in dieser Beziehung auf das bisherige Prozeßrecht verweisen."

Eine solchermaßen gestaltete lex lata trafen nun die Redaktoren unserer StPO. an. Welche Stellung nahm der Gesetzgeber ihr gegenüber ein? Brach er mit dem bisherigen Rechtssatze, nach welchem dem Richter die Befugnis zur Einnahme des Augenscheins mitsamt der Macht, ihn veranlaßtenfalls zu erzwingen, eingeräumt war? Perhorreszierte er jenen integrierenden Teil des an den Richter sich wendenden „Soll", der dem anderen Teil das „Muß", das pati, auferlegte? Mit nichten. Ausdrücklich allerdings sprach er es nicht aus, daß er dem Richter die Befugnis in der auch die Duldungspflicht einschließenden Machtfülle einräume. Dies hatte aber auch der Gesetzgeber des reformierten Strafverfahrens nicht für nötig erachtet, als er den Augenschein aus dem Inquisitionsprozesse herübernahm und doch hatte niemand je daran gezweifelt, daß es der Augenschein im alten Gewande, in der ihm vom Inquisitionsprozesse gegebenen Gestaltung, also in der die Duldungspflicht mitumfassenden Form sei.

Sollte nun jetzt dem Gesetzgeber der Reichsstrafprozeßordnung gegenüber, der gleich seinen Vorgängern in der zweiten Hälfte des verflossenen Jahrhunderts dem Richter den Augenschein als Erkenntnisquelle zur Verfügung stellte, dabei eine Diktion wählte, die mit keiner Silbe die Absicht einer Aenderung der bisherigen Grundsätze auch nur ahnen läßt, ein Zweifel gestattet sein, ob man es etwa jetzt mit einem Augenschein anderer rechtlicher Gattung zu tun habe? Gar mit einem Augenschein, der, indem er die Duldungspflicht ausschlösse, ein ganz anderes Rechtsgebilde wäre?

Dies kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Er hätte es klar zum Ausdruck bringen müssen, wenn es in seiner Absicht gelegen war, den Augenschein anders als seine Vorgänger rechtlich zu ordnen, mit seinen, den früheren Gesetzen entnommenen oder doch mit diesen dem Wortsinne nach gleichlautenden Satzwendungen einen anderen Sinn zu verbinden.

Für die Auslegung und Anwendung der Quellen des Strafprozeßrechts gelten die allgemeinen juristischen Regeln: ein besonders wichtiger Interpretationsbehelf ist die historisch-komparative Methode (Glaser, Handbuch I S. 314 ff.; Beling in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 6. Aufl., S. 335; Gierke ebendaselbst S. 445; Birkmeyer a. a. O. S. 37).

Nun ist unsere StPO. nicht bloß ihrer Grundlage nach sondern auch bezüglich ihres Textes — Glaser a. a. O. S. 316 ff.; Ullmann, Lehrbuch S. 52 — das Ergebnis eines geschichtlichen Prozesses — vgl. auch Motive S. 5, die diesem Satze durchaus nicht widersprechen.

Gegen die hier vertretene Auffassung kann nicht § 6 Abs. I des Einf.G. z. StPO. verwertet werden. Es liegt uns ferne, eine Lücke der StPO. durch Heranziehung früheren, außer Geltung getretenen Rechts ausfüllen zu wollen. Eine solche Lücke ist überhaupt nicht vorhanden. Wir legen lediglich das bestehende Gesetz aus, indem wir in ihm das Recht zur Augenscheinseinnahme mit verpflichtender Wirkung für den Betroffenen statuiert finden. Gleicher Meinung ist wohl auch Glaser — Handbuch I S. 656 ff.

Der Augenschein der StPO. hat lediglich die aus der Einfügung in die neue Prozeßform sich ergebenden Modifikationen erlitten (Glaser a. a. O.).

Diese Modifikationen bestehen in einer Abweichung vom Grundsatze der Unmittelbarkeit — Verlesung des über den Augenschein aufgenommenen Protokolls in der Hauptverhandlung —, dann in der Minderung der Beweiskraft des Augenscheins, der nicht mehr wie im gemeinen Strafprozesse eine bevorzugte Stellung einnimmt, sondern der freien Beweiswürdigung unterliegt.

Im übrigen aber ist unser „Augenschein" — auch in der Gestalt der körperlichen Besichtigung — dasjenige geblieben, was der gemeine und der reformierte Strafprozeß aus ihm gemacht hatte. Vgl. auch Glaser, Beiträge S. 372.

b. Der Augenschein (körperliche Besichtigung) der Reichsstrafprozeßordnung.

Nicht bloß die legislatorische Entwicklung des Augenscheins spricht für unsere Anschauung; das bestehende Gesetz selbst unterstützt sie. Ein wichtiger Interpretationsbehelf ist die Analogie, „die da, wo es für ein Verhältnis an einem Rechtssatze zu fehlen scheint, durch Anwendung oder Nachbildung der für verwandte Verhältnisse geltenden Rechtssätze das in der begrifflich lückenlosen Rechtsordnung verborgene Recht zutage fördert". (Gierke in v. Holtzendorffs Rechts-Ency-

klopädie I S. 445; Birkmeyer a. a. O. S. 43). Die Analogie zieht also latente Rechtssätze ans Licht. Ein solcher Rechtssatz ist auch jener, daß ein vom Richter angeordneter Augenschein vom andern Teil geduldet werden muß. Daß die Natur dieses Eingriffs in die persönliche Interessensphäre dem Nachweise der hierzu legitimierenden Gesetzesnorm durch Analogie nicht entgegen steht, wurde bereits — oben II C b — dargelegt.

Der Satz, daß unsere StPO. die Entscheidung über die Verhängung der verschiedenartigen für die Durchführung des Strafverfahrens unentbehrlichen Zwangsmaßregeln grundsätzlich in die Hände des Richters gelegt hat, gilt unangefochten. Läßt sich dieser Satz nicht auch umkehren? Ist nicht jede Entscheidung des Richters, welche in Durchführung des Strafverfahrens ergeht, vollstreckbar, erzwingbar? Es erzwingt der Richter nach §§ 50 und 69 das Erscheinen des Zeugen, das Zeugnis und die Beeidigung, nach § 77 das Erscheinen des Experten und die Expertise, nach §§ 95, 98, 99, 100 die Vorlegung und Auslieferung der als Beweismittel in Betracht kommenden Sachgegenstände, nach §§ 102, 103, 105 die Durchsuchung, nach §§ 112, 114, 125, 133, 134, 205, 213, 215, 229, 235 das Erscheinen des Angeschuldigten und Angeklagten durch Haftbefehl, Ladung, Vorführung.

Nach § 162 hält der Richter bei seinen Amtsverrichtungen jegliche Störung und Widersetzlichkeit ferne. Nach §§ 325, 326, 332 beschlagnahmt der Richter das Vermögen des Angeschuldigten.

Sollte nun wirklich einzig und allein die Durchführung des Augenscheins, die ja auch nichts anderes als die Ausnützung eines Beweismittels anstrebt, in der Sache also sich mit der Erzwingung des Zeugnisses, des Gutachtens deckt, nicht erzwingbar sein? Dies kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Eine ausdrückliche Fixierung der Erzwingbarkeit war, wie bereits dargelegt, wegen der Art des in Betracht kommenden Zwangsmittels nicht nötig.

Welche Anomalie würde in das Gesetz gebracht, wenn der einfache Augenschein des § 86 nicht erzwungen werden dürfte, während der potenzierte Augenschein, die Durchsuchung der §§ 102, 103, die doch im Falle der körperlichen Besichtigung in die persönliche Freiheit für die Regel viel tiefer eingreift — vgl. unten III A a und b — erzwingbar ist? Darnach müßte sich beispielsweise der Raufer wohl gefallen lassen, daß man ihn entkleidet und seinen Körper nach einer etwaigen Verletzung durchmustert, dagegen hätte er das Recht, gegenüber dem Versuche, die Farbe seiner Haare, seines Gesichts durch Besichtigung zu konstatieren, obstinat zu sein!

Offenbar war der logische Gedankengang des Gesetzgebers folgender:

Die einfache Besichtigung, die nicht mit einer Durchsuchung des Körpers verbunden ist, muß sich jeder gefallen lassen, wenn überhaupt nur der Verdacht einer Straftat vorliegt und die — wenngleich schwache — Vermutung besteht, daß die Besichtigung die Sache fördern könne; denn in solchen Fällen liegt ein Eingriff in die körperliche Integrität, persönliche Freiheit oder wie man es sonst nennen mag, so gut wie nicht vor. Ist dagegen zur Ermöglichung der Augenscheinseinnahme eine Durchsuchung nötig oder fällt erstere mit letzterer zusammen — vgl. unten III A a —, dann müssen für die Zulässigkeit und Erzwingbarkeit der Besichtigung strengere Anforderungen — cf. §§ 102, 103 — gestellt werden; denn hier liegt in der Tat ein unter Umständen sehr empfindlicher Eingriff bezeichneter Art vor.

Wir kommen zu dem Ergebnisse: Die Besichtigung der Substanz des lebenden Menschen ist wie überhaupt jeder Augenschein als solcher auch dann erzwingbar, wenn die Voraussetzungen der Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO. nicht gegeben sind — zwar nicht aus dem von der herrschenden Meinung hierfür angegebenen Grunde, sondern weil die Erzwingbarkeit in unserer Strafprozeßordnung selbst festgesetzt ist.

Allein: die Duldungspflicht ist nicht schrankenlos auferlegt. (Fortsetzung folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Freigabe von Zubehörstücken in der Zwangsversteigerung.[1]) In der Abhandlung von von der Pfordten: „Zur Behandlung des Zubehörs in der Zwangsversteigerung"[2]) wird eine besondere Schwierigkeiten bietende Frage des Zwangsversteigerungsrechts erörtert, nämlich die Frage, welche Bedeutung der Erklärung des betreibenden Gläubigers beizumessen ist, daß er Zubehörstücke, die an sich gemäß § 55 Abs. 2 ZVG. von der Versteigerung mitergriffen werden, „freigebe". Wenn auch dem Verfasser in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung darin beizutreten ist, daß eine Einstellung des Verfahrens für einzelne Zubehörstücke allein zulässig ist, so wird man doch der weiteren Annahme, es könne in der Freigabeerklärung die Bewilligung einstweiliger Einstellung des Verfahrens bezüglich des betreffenden Zubehörstücks gefunden und demnach vom Versteigerungsgericht (in Bayern vom Versteigerungsbeamten) ein Beschluß auf Einstellung des Verfahrens bezüglich dieses Zubehörstücks erlassen werden, nicht zustimmen können.

Die durch § 30 Abs. 1 ZVG. dem betreibenden Gläubiger gewährte Befugnis, durch seine Bewilligung eine einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, ist im Interesse des Schuldners ein-

[1]) In den nächsten Nummern werden noch weitere Abhandlungen über das schwierige Thema veröffentlicht werden.

[2]) Jahrg. 2 dieser Ztschr. S. 90, 116.

geführt, sie soll „dem Gläubiger die Hand zu einer schonenden Behandlung des Schuldners bieten“[1]). Als Einstellungsbewilligung im Sinne des § 30 Abs. 1 kann deshalb auch nur die Stundung zugunsten des Schuldners gelten[2]). Eine Einstellungsbewilligung zugunsten des der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechts eines Dritten kennt das Gesetz nicht. Es würde auch eine solche Einstellung auf Grund der Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers kaum noch den Charakter einer „einstweiligen“ Einstellung haben, da die Freigabeerklärung endgültig ist und bereits erkennen läßt, daß der betreibende Gläubiger das Verfahren in das betreffende Zubehörstück überhaupt nicht mehr fortsetzen will. Die einstweilige Einstellung auf Grund der Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers würde also nur eine verschleierte teilweise Aufhebung des Verfahrens wegen Zurücknahme des Versteigerungsantrags hinsichtlich des freigegebenen Zubehörstücks sein. Eine solche teilweise Zurücknahme des Versteigerungsantrags wird aber von der herrschenden Meinung mit Recht für unzulässig erklärt,[3]) denn durch ihre Zulassung würde dem betreibenden Gläubiger ein so weitgehender Einfluß auf die Gestaltung des Zwangsversteigerungsverfahrens eingeräumt werden, wie ihn das Gesetz, das neben den Interessen des betreibenden Gläubigers auch die der übrigen Beteiligten berücksichtigen muß, nicht zulassen wollte. Daraus, daß der betreibende Gläubiger durch Zustimmung zu einer Verfügung des Schuldners über ein der Beschlagnahme unterliegendes Zubehörstück die Versteigerungsmasse verringern kann, ist noch nicht zu schließen, daß er durch seine einfache Erklärung aus der Masse auch eine Sache müsse ausscheiden können, die nach der Behauptung eines Dritten überhaupt nicht der Vollstreckung unterliegt. Letztere Befugnis bildet gegenüber der ersteren nicht ein minus, sondern ein aliud. Die Bestimmung des § 55 Abs. 2 ZVG., durch welche der Kreis der der Versteigerung unterliegenden Gegenstände gegenüber dem der von der Beschlagnahme ergriffenen wesentlich erweitert wird, dient keineswegs allein dem Interesse des betreibenden Gläubigers, sondern sie soll einer ungünstigen Beeinflussung des Versteigerungsergebnisses durch Unsicherheit der Bieter über den Umfang der Versteigerungsmasse vorbeugen und damit das Interesse aller Beteiligten an der Erzielung eines sachgemäßen Versteigerungserlöses sowie den Ersteher schützen. Die bloße Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers kann nicht genügen, um diese so vielfachen Interessen Rechnung tragende Bestimmung auszuschließen.

Man wird deshalb nicht umhin können, trotz der Freigabeerklärung zu verlangen, daß der ein Zubehörstück in Anspruch nehmende Dritte auf Grund der §§ 771, 769 Abs. 2 ZPO. die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Zubehörstücks herbeiführt, womit man auch dem Wortlaut der §§ 55 Abs. 2, 37 Nr. 5 ZVG. allein gerecht wird. Für diesen Antrag des Dritten kommt die Freigabeerklärung nur als Mittel der Glaubhaftmachung der zur Begründung des Antrags vorgebrachten Tatsachen in Betracht. Diese Herabminderung der Bedeutung der Freigabeerklärung hat auch mit Rücksicht auf die häufig sehr zweifelhaften Rechtsverhältnisse bezüglich des Zubehörs von Grundstücken ihre volle Berechtigung. Es braucht nur daran erinnert zu werden, wie schwierig die Frage zu entscheiden ist, ob die in einem Fabrikgebäude aufgestellten Maschinen Zubehör oder wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind. Der betreibende Gläubiger wird, sofern er aus dem Grundstück auch ohne die Maschinen befriedigt zu werden hofft, häufig leicht geneigt sein, die Maschinen „freizugeben“, selbst wenn sie nach den Umständen des Falles als wesentliche Bestandteile anzusehen sind, bezüglich deren jedes Sonderrecht eines Dritten ausgeschlossen ist (§ 93 BGB.). Wollte man der Freigabeerklärung die Bedeutung einer Einstellungsbewilligung oder gar einer teilweisen Zurücknahme des Versteigerungsantrags beimessen, so würde damit das Versteigerungsgericht häufig in die Lage versetzt werden können, wesentliche Bestandteile des Grundstücks von der Versteigerung ausschließen zu müssen, da es, auch wenn ihm die Zubehöreigenschaft der „freigegebenen“ Gegenstände zweifelhaft erschiene, zur Anstellung von Ermittlungen von Amts wegen nicht befugt sein würde. Ein solches Verfahren würde die Höhe der Gebote herabdrücken und in die Rechtsbeziehungen zwischen dem Ersteher und dem angeblichen Eigentümer der von der Versteigerung ausgeschlossenen Gegenstände den Keim neuer Streitigkeiten hineintragen[1]).

Allerdings nötigt unsere Auffassung den betreibenden Gläubiger dazu, sich trotz seiner Freigabeerklärung auf einen Rechtsstreit mit dem intervenierenden Dritten einzulassen, denn nur das Prozeßgericht ist zu einer endgültigen Entscheidung über das angebliche der Zwangsversteigerung entgegenstehende Recht des Dritten berufen (§§ 769 Abs. 2, 771 ZPO.). Dieser Nachteil für den betreibenden Gläubiger wird aber durch den den übrigen Beteiligten erwachsenden Vorteil aufgewogen, daß auf diese Weise einer willkürlichen Verringerung der Versteigerungsmasse durch einseitige Erklärungen des betreibenden Gläubigers vorgebeugt wird. Man wende nicht ein, daß es dem betreibenden Gläubiger unbenommen bleibt, im Interventionsprozeß Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen zu lassen und damit die gleiche Rechtslage herbeizuführen, welche die Gegner unserer Auffassung schon auf Grund der Freigabeerklärung eintreten lassen wollen. Vor Erlaß eines Versäumnisurteils würde das Prozeßgericht immer zu prüfen haben, ob die vorgebrachten Tatsachen den Klageanspruch rechtfertigen, sodaß jedenfalls die oben angedeutete Gefahr unzulässiger Ausscheidung von wesentlichen Bestandteilen eingeschränkt wird; außerdem kann auch ein anderer Beteiligter, der ein rechtliches Interesse am Obsiegen des betreibenden Gläubigers hat, ihm als Nebenintervenient beitreten und dadurch den Erlaß eines Versäumnisurteils abwenden. Bei einem Anerkenntnisurteil treffen allerdings diese Erwägungen nicht zu; immerhin wird aber schon die ihn im Falle des Unterliegens treffende Kostenlast den betreibenden Gläubiger davon abhalten, unbegründete Interventionsansprüche eines Dritten lediglich aus Bequem-

[1]) Motive zu § 108 des Entwurfes I.

[2]) So auch Wolff, ZVG. § 30 Anm. 5 und 6.

[3]) OLG. Hamburg 21. April 1903, ZBlFG. 5, 191; Dresden 25. April 1903, OLG. Rspr. 8, 4; AG. Hainichen 25. Mai 1904, ZBlFG. 5, 140.

[1]) Vgl. RG. 18. Februar und 12. März 1902, ZBlFG. 3 S. 149 und 150.

lichkeit anzuerkennen. Stets wird also dadurch, daß — abgesehen von der hier nicht interessierenden Möglichkeit, den Besitz des Schuldners an ihm nicht gehörigen Zubehörstücken aufzuheben — nur die Interventionsklage des Dritten eine endgültige Ausscheidung des in Anspruch genommenen Zubehörstücks aus der Versteigerungsmasse ermöglicht, eine größere Gewähr dafür geboten, daß nur tatsächlich begründete, der Zwangsversteigerung entgegenstehende Rechte an Zubehörstücken zur Verringerung der Versteigerungsmasse führen, als wenn man schon die Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers zur endgültigen Ausscheidung des freigegebenen Stückes für genügend erachtet.

Landrichter **Lindemann** in Köslin.

Schutzfolium und Grundbuch. Die auf S. 99 dieser Zeitschrift (Jahrg 1906) vertretene Auffassung, daß dasjenige Grundstück, für welches ein Schutzfolium bestehe, dem alten Rechte solange unterworfen bleibe, als für das Hauptgrundstück noch nicht Grundbuchrecht gelte und daß umgekehrt das Grundstück mit dem Schutzfolium dem neuen Recht unterliege, auch wenn im Bezirke das Grundbuch noch nicht für angelegt erklärt sei, wenn dies aber für den Bezirk des Hauptgrundstücks geschehen sei, steht im Widerspruche mit der Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts. In einem Beschlusse des II. Zivilsenates vom 15. Mai 1905 ist da ungefähr ausgeführt: „Die Absicht des Antragstellers, die Zwangsvollstreckung in die Grundstücke seines Schuldners in demselben Verfahren zu betreiben, läßt sich nicht verwirklichen. Das Anwesen Hs.-Nr. 201 in A. und die meisten dazu gehörigen Grundstücke liegen im Amtsgerichtsbezirke P. Da in diesem Bezirke das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, unterstehen diese Grundstücke dem bayer. Hypothekenrechte und in Ansehung der Zwangsvollstreckung den Vorschriften der bayer. SO. Das in der Steuergemeinde K., im Bezirke des Amtsgerichts M. gelegene Grundstück untersteht dagegen dem Grundbuchrechte .... Darnach kann weder das Amtsgericht P. auch zum Vollstreckungsgericht für das im Bezirke M. gelegene noch das Amtsgericht M. auch zum Vollstreckungsgericht für die im Bezirke P. gelegenen Grundstücke bestellt werden." Hierzu ist zu bemerken, daß das in der Steuergemeinde K. gelegene Grundstück als Pertinenzgrundstück auf dem Anwesensfolium im Hypothekenbuche des Amtsgerichts P. vorgetragen war, und deshalb dafür im Grundbuche des Amtsgerichts M. Schutzfolium bestand. Der bloße Vortrag des Schutzfoliumgrundstücks auf dem Hauptfolium ist übrigens noch nicht identisch mit dem Fall der Vereinigung oder Zuschreibung nach § 890 BGB., § 5 GBO. — hierzu bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung des Grundstückeigentümers und eines diesbezüglichen Vermerks im Grundbuch (cf. § 315 DAnw. f. GBA.) — sondern stellt sich nur dar als Zusammenschreibung verschiedener Grundstücke auf einem Blatt ohne materiellrechtliche Wirkung gemäß § 4 GBO.

Notariatspraktikant **Zimmermann** in Pfaffenhofen.

Streitgegenstandswert bei Klagen auf Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung eines Kaufvertrages, auf Erteilung oder Entgegennahme der Auflassung eines Grundstückes. Klagen auf Aufhebung, Rückgängigmachung oder Nichtigkeitserklärung eines Kaufvertrages sind bei dem gesteigerten Immobilienverkehre der größeren Städte nichts Seltenes; dessenungeachtet bestehen mitunter Meinungsverschiedenheiten über den Wert des Streitgegenstandes bei solchen Prozessen. In einem Falle, in dem Gegenstand der Klagebitte die Aufhebung bzw. Nichtigkeitserklärung eines Kaufvertrages, der beklagtische Gegenantrag auf Abweisung der Klage gerichtet waren, hat jüngst das Oberlandesgericht Nürnberg in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und die von Pfafferoth vertretene Ansicht — Pfafferoth, Das deutsche Gerichtskostenwesen, VIII. Aufl., Note 6d zu § 3 ZPO. S. 38, Note D[35] zu § 9 GKG. S. 59, Note 41 S. 60 — durch Beschluß erkannt, daß nicht der Wert des Vertragsgegenstandes Streitgegenstand sei, sondern daß die Wertfestsetzung nach § 3 ZPO. zu erfolgen habe. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, daß das Interesse des Klägers sich nach den Vorteilen bemißt, welche er aus der Aufhebung des Vertrages ziehen würde, sowie den Nachteilen, die er beim Bestehen des Vertrags erleiden würde, andererseits daß das Interesse des Beklagten aus dem Nachteile sich bemißt, der ihm bei Aufhebung des Vertrags zugehen würde. Kläger würde nun bei Aufhebung des Vertrags keineswegs eine Bereicherung auf den Betrag des ganzen Kaufpreises erfahren, denn er müßte ja zufolge der Aufhebung das ganze gekaufte Gut zurückgeben, ebensowenig würde andererseits der Beklagte mit einem reinen Leistungsbetrage in der Höhe des Kaufschillings belastet, denn er erhielte auch das Anwesen wieder zurück. Nach diesen Gesichtspunkten wurde der Wert des Streitgegenstandes vom Gerichte nach freiem Ermessen auf einen weit unter dem Werte des Kaufpreises liegenden Betrag festgesetzt.

Hat nun der Kläger in einem Prozesse auf Aufhebung des Kaufvertrags gesiegt, so werden die bereits erfolgte Auflassung des Grundstücks und die Eintragung des Eigentums hiervon nicht berührt; der Käufer bleibt Eigentümer des Grundstücks, er hat nur einen persönlichen Anspruch darauf, daß Verkäufer die Rückauflassung entgegennehme. Erfolgt diese seitens des Verkäufers freiwillig, so ist ein weiterer Rechtsstreit abgeschnitten. Nicht unerwähnt sei hier, daß das bayer. Gebührengesetz gemäß Art. 181 für eine neu zu errichtende Urkunde nur eine Gebühr von 1 Mark erhoben wissen will, wenn der Vertrag wegen Mangels der durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmten Form durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt worden ist, und wenn der neue Vertrag keine Aenderung in Bezug auf die kontrahierenden Personen, auf den Gegenstand des Vertrags oder dessen Wert enthält. Die Gebühr für den vorausgegangenen Vertrag wird aber nicht zurückvergütet.

Ist aber der Verkäufer zur freiwilligen Entgegennahme der Rückauflassung nicht zu bewegen, so muß er hierzu durch eine neue Klage gezwungen werden; für die Bemessung des Streitwertes dieses Rechtsstreites ist nicht der § 6 ZPO. maßgebend, Streitgegenstandswert ist nicht der Wert des Grundstücks, sondern der Streitwert ist nach § 3 ZPO. auch hier nach freiem richterlichem Ermessen festzusetzen (Pfafferoth, GKG. Anm. 5 Abs. 4 zu § 3 ZPO. S. 35

JW. 1901 S. 718). Mit dem Falle der Entgegennahme der Auflassung oder Rückauflassung eines Grundstücks darf aber die Auflassung eines solchen selbst nicht verwechselt werden. Wenn die Erteilung der Auflassung Streitgegenstand der Klage ist, Beklagter also nach dem Klageantrage dem Kläger das Eigentum an dem Grundstücke übertragen soll, so ist gemäß § 6 ZPO. der Wert des aufzulassenden Grundstücks ohne Abzug der darauf ruhenden Hypotheken rc. maßgebend, denn der § 6 ZPO. bezieht sich nicht bloß auf die Besitzstreitigkeiten im engeren Sinne. (JW. 1902 S. 253, Pfafferoth a. a. O., Gruchots Beitr. 34 S. 1138.) Zum Schlusse sei noch erwähnt, daß das bayer. Oberste Landesgericht in seiner Entscheidung vom 9. Juni 1905 (Bd. VI S. 393) in einem Rechtsstreite, der nicht nur die Feststellung der Nichtigkeit eines Kaufvertrages über ein Grundstück, sondern auch die Feststellung der Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsvertrags (der Auflassung) betraf, den Wert des Grundstücks ohne Rücksicht auf seine Belastung mit Hypotheken als Wert des Streitgegenstandes angesehen hat. In den Gründen ist dort ausgeführt, daß der Wert der Feststellung nach dem Interesse, das die Verkäufer an der Feststellung hatten, zu bemessen gewesen wäre, wenn der Rechtsstreit nur die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags betroffen hätte, wenn also nur die Feststellung beantragt worden wäre, daß die Verkäufer nicht verpflichtet waren, den Käufer zum Eigentümer des Anwesens zu machen, ihnen aber auch der Kaufpreis nicht gebührte. Da aber auch die Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsvertrags festgestellt werden sollte, so habe insoweit den Gegenstand des Rechtsstreites die Frage gebildet, ob das Eigentum an dem Anwesen bei den Verkäufern verblieben oder auf den Beklagten übergegangen ist, die Feststellungsklage habe also das Eigentum an dem Anwesen zum Gegenstande gehabt, weshalb der Wert des Streitgegenstandes, wie erwähnt, festgesetzt wurde.

Oberlandesger.-Sekretär Reger in Nürnberg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu § 56 ZPO., § 831 BGB., § 304 ZPO. Aus einem Urteile des VI. Zivilsenats — der Rechtsstreit betrifft eine Schadensersatzklage nach § 831 BGB. gegen ein Fuhrgeschäft, dessen Fuhrmann ein 4½ Jahre altes taubstummes Kind überfahren hat — sind folgende Sätze hervorzuheben.

I. In den Vorinstanzen ist als Beklagte die „Firma Gebrüder B.“ bezeichnet, ohne daß ersichtlich gemacht wäre, welche Personen ihre Träger oder Vertreter seien. Die Firma ist kein Rechtssubjekt sondern nur der Name, unter welchem ein Kaufmann Handelsgeschäfte betreibt. In Wirklichkeit ist die Klage gegen die Personen gerichtet, welche unter der genannten Firma ihre Geschäfte betreiben (RGE. Bd. 54 S. 15 f.). Zwar können nach §§ 17 Abs. 2 und 124 Abs. 1 HGB. der Kaufmann und die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden. Aber es kommt für die Handelsgesellschaft die Vorschrift des § 56 Abs. 1 ZPO. bezüglich der gesetzlichen Vertretung in Betracht und auch materiellrechtlich kann namentlich bei einem aus unerlaubter Handlung gegen die Gesellschaft erhobenen Anspruch die Namhaftmachung der vertretungsberechtigten Gesellschafter erforderlich werden. (Der Mangel ist in der Revisionsinstanz behoben worden.)

II. Ueber den der Beklagten durch § 831 BGB. gestatteten Entlastungsbeweis — das Landgericht hat ihn als geführt erachtet, weil der Schaden auch eingetreten wäre, wenn die Beklagte die erforderliche Sorgfalt bei Auswahl des Kutschers angewendet hätte; das Berufungsgericht hat den Beweis nicht als erbracht angesehen — wird ausgeführt: Darin muß dem Berufungsgerichte zugestimmt werden, daß der Nachweis einer sorgfältigen Auswahl des Angestellten nicht geführt worden ist. Die Beklagten hatten sich vor Einstellung des Kutschers dessen Zeugnisse nicht vorlegen lassen. Es ist aber das mindeste, was an Sorgfalt von einem Dienstherrn verlangt werden kann, daß er sich bei Einstellung eines Dienstboten oder Gewerbegehilfen dessen Zeugnisse vorweisen läßt. Die Firma hat sich auch nicht nach der bisherigen Führung des Kutschers erkundigt und die erforderliche Sorgfalt würde eine Erkundigung erheischt haben, zumal wenn der Anzustellende keine Zeugnisse vorwies. Der erkennende Senat hat schon früher ausgesprochen, daß wegen der großen Bedeutung der Anstellung zuverlässiger Kutscher für die Verkehrssicherheit in größeren Städten von einem Kutschereibesitzer besondere Vorsicht in der Auswahl der Angestellten verlangt werden kann mit der Maßgabe, daß die Anforderung nicht über das Maß dessen hinauszuspannen sei, was in dem normalen Verkehr bei diesem Gewerbebetrieb, unter Beachtung seiner besonderen Bedeutung für die öffentliche Sicherheit vernünftigerweise für erforderlich und genügend gehalten wird (Urt. v. 23. Juni 1904 VI 470/03, v. 3. Juli 1905 VI 540/04). Hier handelt es sich nicht wie in jenen früheren Fällen um einen Droschkenkutscher oder Omnibusführer, sondern um einen Lastfuhrmann, und es mag sein, daß bei einem solchen nicht der gleiche Maßstab hinsichtlich der Fahrkunst und der Intelligenz anzulegen ist, wie bei dem Lenker von Personenfahrzeugen. Immerhin muß aber auch der Lastfuhrmann die entsprechende Uebung im Fuhrwesen und persönliche Zuverlässigkeit besitzen und hierüber soll sich der Fuhrherr vor Anstellung des Fuhrmanns vergewissern. Daß der Fuhrmann sich bis zum Unfall im Dienste der Beklagten erprobt hatte, daß sie sich durch längere Beobachtung hatte von seiner Tauglichkeit überzeugen können, ist von der Beklagten nicht geltend gemacht. Den Beweisantritt der Beklagten über angebliche Beobachtungen ihrerseits hinsichtlich der Tätigkeit des Fuhrmanns im Dienste anderer Herren hat das Berufungsgericht zutreffend als unerheblich abgelehnt. Indes ist der Revision darin recht zu geben, daß es der Beklagten nicht zuzumuten war, durch die ganze Reihe der früheren Dienststellen des Fuhrmanns Erkundigungen anzustellen. Hätten sie sich die etwaigen Zeugnisse vorweisen lassen, sich außerdem bei dem letzten und vorletzten Dienstherrn noch persönlich erkundigt und hätten diese Nachforschungen ein günstiges Ergebnis gehabt, so würde anzunehmen sein, daß die erforderliche Sorgfalt beobachtet worden sei.

III. Es ist nicht unzulässig, eine Klage auf Schadensersatz so anzustellen, daß die Festsetzung des Betrages dem richterlichen Ermessen anheimgegeben wird, wofern dem Richter die nötigen Grundlagen für solche Festsetzung an die Hand gegeben sind (E. Bd. 21 S. 387, Urt. VI 417/04 v. 18. Mai 1905, Gaupp-Stein zu § 253 III z. 4 Note 34). Aber abgesehen von der Frage, ob nicht auch in einem solchen Falle vor Erlassung eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. der Klageanspruch zur Ziffer gebracht und dadurch die Voraussetzung eines solchen Zwischenurteils, daß der Klage-

anspruch auch dem Betrage nach streitig sei, erfüllt sein mußte (E. Bd. 56 Nr. 8 S. 35 f., Bd. 58 S. 232 a. E., Urt. VI 527/04 v. 26. Juni 1905), so läßt das Berufungsurteil im übrigen die erforderliche Grundlage für eine Vorentscheidung vermissen. (Urt. v. 18. Dez. 1905.)

386 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

II.

Zu §§ 313, 504 BGB. Wenn in einem privatschriftlichen Kaufvertrag über eine Parzelle dem Käufer ein Vorkaufsrecht für die Nachbarparzellen eingeräumt und für den Fall, daß er sie erwirbt, Preisminderung zugesichert ist, so kann aus diesem Vertrag trotz seines grundbuchamtlichen Vollzugs für die erste Parzelle auf Ueberlassung der andern Teilstücke, ohne daß solche an einen Dritten verkauft sind, nicht geklagt werden.

Gründe: Der Berufungsrichter entscheidet nicht, ob dem Kläger im Vertrage ein Vorkaufsrecht eingeräumt, oder in ihm ein Vorvertrag über den künftigen Kauf von Parzellen enthalten ist, indem er annimmt, daß der Vertrag in beiden Fällen der Form des § 313 Satz 1 BGB. bedürfen würde. Die Revision nimmt das Vorliegen eines Vorkaufsvertrags an und weist darauf hin, daß sich RGZ. 60. 225 für die Formfreiheit eines solchen ausgesprochen hat. Es ist jedoch nicht ersichtlich, was damit für den Kläger gewonnen sein könnte; denn, wenn die Klage auf ein Vorkaufsrecht gegründet sein sollte, so würde sie daran scheitern, daß der Fall der Ausübung eines Vorkaufsrechts, nämlich ein mit einem Dritten geschlossener Kaufvertrag (BGB. § 504) nicht vorliegt. In Wahrheit wird aus einem Vorvertrag über den künftigen Abschluß eines Kaufvertrags über Grundstücksteile geklagt. Daß ein solcher Vorvertrag ebenso wie der Kaufvertrag selbst der Form des § 313 Satz 1 BGB. bedarf, ist in RGZ. 53 S. 236, 257 bereits ausgesprochen worden und scheint auch von der Revision nicht bezweifelt zu werden. Wenn sie aber Heilung nach § 313 Satz 2 annimmt, so befindet sie sich auch hier im Rechtsirrtum. Das RG. hat schon mehrfach (zB. in RGZ. 16, 268; 56, 283; 60, 338) ausgesprochen, daß die Heilung des Formmangels nur eintreten kann, wenn und insoweit der Gegenstand der Auflassung und Eintragung sich mit dem Vertragsgegenstande deckt. Auflassung und Eintragung haben sich auf die jetzt streitige Parzelle nicht bezogen und daher kann von einer Anwendung des § 313 Satz 2 auf den Vorvertrag über dieses Streitstück nicht die Rede sein. Daß das von der Revision angezogene Urteil in RGZ. 57, 164, wonach bei Verkauf des ganzen Grundstücks privatschriftliche frühere Wegveräußerungen vertragsgemäß gelten sollten, ihr nicht zur Seite steht, liegt auf der Hand. (Urt. V 497/05 v. 10. März 1906.) — — — r.

461

B. Strafsachen.

I.

Zum Begriffe der Fahrlässigkeit. Aus den Gründen: Die Strafkammer stellt es als die Pflicht eines Gewerbetreibenden hin, sich darum zu kümmern, welche Gesetze und Verordnungen in bezug auf das von ihm betriebene Gewerbe erlassen werden; sie sieht in der Nichterfüllung dieser Pflicht und der darauf beruhenden Nichtbeachtung einer gesetzlichen Vorschrift eine Fahrlässigkeit. Ein Irrtum liegt hierin nicht. Die öffentliche Verkündung von Gesetzen und Verordnungen wäre zwecklos, die darin enthaltene Strafandrohung gegen Zuwiderhandlungen illusorisch, wenn der Zuwiderhandelnde sich damit entschuldigen könnte, daß er von der Publikation keine Kenntnis erlangt habe. Schon hieraus ergibt sich die Verpflichtung eines jeden, sich um die ihn angehenden Publikationen zu kümmern, und daß es der Regel nach auch möglich ist, das, was öffentlich bekannt gemacht wird, zu erfahren, folgt aus der Natur der öffentlichen Bekanntmachung von selbst. Wenn die Revision für den konkreten Fall darzutun sucht, daß es dem Angeklagten nicht möglich gewesen sei, sich von der hier in Frage kommenden Bekanntmachung Kenntnis zu verschaffen, so begibt sie sich auf das Gebiet des Tatsächlichen, welches nach § 376 StPO. dem Revisionsgericht entzogen ist. (Urt. d. I. StS. v. 1. März 06, 1 D 1/06.)

470 B.

II.

Kann die Hilfsbereitschaft Dritter der Annahme einer Notwehr entgegenstehen? § 53 StGB. Aus den Gründen: Die Hilfsbereitschaft Dritter scheidet unter den Verteidigungsmitteln, die einem Angriff entgegengesetzt werden können, nicht grundsätzlich aus. Wenn sie die erfolgreiche Abweisung des Gegners mit Sicherheit erwarten läßt, so ist sie anstatt des gefährlicheren Mittels zu wählen. Dabei ist aber vorauszusetzen, daß der Angegriffene sich dieser Unterstützung bewußt war und sich auf sie verlassen konnte. Wenn aber nur eine Möglichkeit des Eingreifens Dritter besteht, so kann dem Angegriffenen das Recht der Selbstverteidigung nicht abgesprochen werden; er hat eine Mißhandlung nicht solange zu erdulden, bis ihm Hilfe gebracht wird, die vorher unsicher und zweifelhaft war. Der erste Richter erklärt den Messergebrauch des Angeklagten für einen Notwehrexzeß, weil sich in seiner Gesellschaft zwei Kameraden befunden haben, von denen ihm der eine, L., sofort energisch zu Hilfe gekommen sei. In welchem Augenblicke dieser aber mit seiner Kette auf Ch. losgeschlagen hat, ist nicht näher dargelegt. Wäre dies für den Angeklagten erkennbar geschehen, bevor er zum Messer griff, so würde sich der Standpunkt des ersten Richters rechtlich nicht beanstanden lassen. Die Hilfe war rechtzeitig ins Werk gesetzt. Der Angeklagte erscheint aber als Opfer eines hinterlistigen Ueberfalls; im Dunkel der Nacht saß ihm sein Gegner im Nacken und würgte ihn. Einem derartigen Angriff gegenüber konnte die Strafkammer ihn nicht auf die Anwesenheit zweier Kameraden verweisen; die Hilfe des L., wenn sie nicht so rasch erteilt wurde, wie der Angriff geschehen war, kam zu spät; wenigstens bleibt diese Möglichkeit offen. Allerdings ist Art und Umfang der Verteidigung, wie die Fassung des § 53 Abs. 2 StGB. ergibt, nach objektivem Maßstab zu beurteilen; die subjektive Auffassung des Handelnden entscheidet hier nicht, wie das Reichsgericht (Entsch. Bd. I S. 24) ausgeführt hat. Aber die Individualität des Angegriffenen kommt nach Abs. 3 des § 53 StGB. zu ihrem Recht. Ueberschritt der Angeklagte, von dem in der gegebenen Gefahr ruhige Ueberlegung nicht zu verlangen war, in einem der dort genannten Zustände die Grenzen der Notwehr, so ist er nicht strafbar. (Urt. des I. StS. v. 26. Febr. 06, 1 D. 590/05.)

473 B.

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Kosten der Versteigerung und des Zuschlags im Zwangsvollstreckungsverfahren. ZVG. §§ 58, 66, 73. Kein Anspruch der Notare auf Zuerkennung von Zinsen aus rückständigen Gebühren und Auslagen im Festsetzungsverfahren nach NotG. Art. 50 b u. 52. Verjährung des Anspruchs auf Gebühren und Auslagen des Notars. BGB. §§ 196 Nr. 15, 201, 209. Der Notar G. in M. beantragte am 30. Dezember 1905 bei dem

Landgerichte F. die Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen, die im Vollstreckungsverfahren der Firma J. & Cie. in M. gegen Ph. F. in M. auf die Zwangsversteigerung von Grundstücken des Schuldners und für die Erteilung des Zuschlags — Urkunden vom 3. und 9. Februar 1903 — fällig geworden waren. Durch landgerichtlichen Beschluß vom 6. Januar 1906 wurden die von der betreibenden Gläubigerin und Ersteherin Firma J. & Cie. zu zahlenden Gebühren und Auslagen auf den Betrag von 79 Mk. nebst 4% Zinsen vom 30. Dezember 1905 ab festgesetzt. Die von der Schuldnerin eingelegte Beschwerde blieb in der Hauptsache erfolglos.

Gründe: Nach § 58 ZVG. fallen die Kosten des Beschlusses, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, dem Ersteher zur Last. Sie bilden nicht einen Teil derjenigen Kosten des Verfahrens, welche aus dem Versteigerungserlöse vorweg zu entnehmen sind (§§ 44, 49, 109 ZVG.), sondern sind Gegenstand einer persönlichen Schuld des Erstehers, die ihn als Erwerber des versteigerten Grundstücks trifft. Mit dem Beschlusse, durch den der Zuschlag erteilt wird, kommt die Versteigerung des den Gegenstand des Verfahrens bildenden Grundstücks durch Erlöschen des bisherigen Eigentums und Eigentumserwerb des Erstehers zur Vollendung. Der Art. 10 des GebG. bestimmt, daß im Zwangsversteigerungsverfahren für das Versteigerungsprotokoll im Falle des Zuschlags die nämlichen Gebühren zu erheben sind, wie für einen Kaufvertrag und daß auf diese Gebühren die auf die Gebühren für Notariatsurkunden bezüglichen Vorschriften Anwendung finden. Die hiernach für das Versteigerungsprotokoll zu erhebende Gebühr ist also erst fällig, wenn der Zuschlag erteilt ist. Die Vornahme der Versteigerung im eigentlichen Sinne, nämlich das Verfahren vom Aufrufe der Sache bis zum Schlusse der Versteigerung (§§ 66, 73 ZVG.), läßt sich nach diesen Vorschriften von der Erteilung des Zuschlags nicht trennen, sondern die Versteigerung und der Zuschlag bilden für das Bereich des Gebührenwesens als Erwerbsvorgang rechtlich ein Ganzes. Die nach Art. 10 Abs. 1 des GebG. zu entrichtenden Gebühren müssen hiernach als Gebühren für den Zuschlag im Sinne des § 58 ZVG. angesehen werden, die dem Ersteher zur Last fallen. Dies gilt sowohl von der an die Staatskasse zu zahlenden Vertragsgebühr und der etwa an die Gemeindekasse zu zahlenden örtlichen Besitzveränderungsabgabe als auch von den für die Versteigerung im Falle des Zuschlags dem Notar zu zahlenden Gebühren. Auch die Vorschrift im Abs. 3 des Art. 10, daß die vom Ersteher entrichtete Gebühr zurückzuerstatten ist, wenn der Zuschlag rechtskräftig aufgehoben ist, geht offenbar davon aus, daß die nach Art. 10 zu entrichtenden Gebühren der Vorschrift des § 58 ZVG. entsprechend vom Ersteher zu tragen sind. In diesem Sinne sprechen sich auch aus Pfaff-Reisenegger, Das Ges. üb. d. Gebührenwesen i. d. Fassung v. 11. November 1899, Anm. 4 zu Art. 10, und von der Pfordten, AusfG. z. ZVG. S. 67 Bem. 4. Die Einrede des Beschwerdeführers, daß der Anspruch auf Zahlung der Gebühren und Ersatz der Auslagen durch Verjährung erloschen sei, ist nicht begründet. Die Ansprüche der Notare wegen ihrer Gebühren und Auslagen verjähren zwar nach § 196 Nr. 15 BGB. in zwei Jahren; die Verjährung beginnt aber nach § 201 mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist. Sie begann also erst mit dem Schlusse des 31. Dezember 1903. Am 30. Dezember 1905 wurde sie durch die Einreichung des Antrags auf Festsetzung der Gebühren und Auslagen unterbrochen, denn mit der Einreichung dieses Antrags treten nach Art. 50 des NotG. die Wirkungen der Erhebung der Klage ein und zu diesen gehört nach § 209 Abs. 1 des BGB. die Unterbrechung der Verjährung. Die Beschwerde ist hiernach unbegründet, soweit die Gebühren und Auslagen des Notars vom Landgerichte gegen den Beschwerdeführer auf den Betrag von 79 Mk. festgesetzt wurden. Dagegen ist ihr stattzugeben, soweit ein Anspruch des Notars auf Zinsen aus diesem Betrage festgestellt wurde. Das in den Art. 50 bis 52 des NotG. geregelte Verfahren ist nach dem Wortlaute dieser Vorschriften nur zur Festsetzung der Gebühren und Auslagen der Notare bestimmt; andere Ansprüche, auch wenn sie als bloße Nebenansprüche geltend gemacht werden, können daher in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden, mögen sie auch nach dem bürgerlichen Rechte ganz oder teilweise begründet sein. (Beschl. vom 7. Febr. 1906, 2. ZS, Reg. V, Nr. 1/06.)

476 K.

II.

Rechtliche Natur des gewerberechtlichen Konstatierungsverfahrens. Unanfechtbarkeit der affirmativen gerichtlichen Entscheidung. Auf Antrag des Besitzers der Bierbrauerei zum G. in N. wurde vom vormaligen Landgerichte N. am 12. Mai 1842 festgestellt, daß der Taferngerechtsame des Antragstellers reale Eigenschaft in vollem Umfange zukomme. Im vorhergegangenen Verfahren hatte der Stadtmagistrat N. nur das Bestehen einer Bierschankgerechtigkeit anerkannt. Im Grundbuchanlegungsverfahren erklärte die Gewerbepolizeibehörde auf Befragen des J. H., jetzigen Eigentümers des Brauereianwesens zum G., ob seine Taferngerechtsame als eine reale anerkannt werde, daß sie dieses Gewerberecht nur als radiziertes gelten lasse. J. H. beantragte bei dem Amtsgerichte N., festzustellen, daß ihm die Taferngerechtsame als reale zustehe; die Gewerbepolizei beantragte in ihrer Aeußerung, die Gerechtsame als eine bloß radizierte festzustellen. Durch Beschluß vom 16. Oktober 1905 erließ das Amtsgericht N. Entscheidung, durch die es feststellte, daß dem J. H. als Besitzer der Brauerei zum G. in N. eine reale Taferngerechtsame zustehe. Die Beschwerde des Stadtmagistrats N. wurde als unzulässig verworfen, seine weitere Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe: Ob die Entscheidung richtig ist, ist für die Frage nach der Art des Verfahrens, in dem sie ergangen ist, belanglos. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob das Amtsgericht, als es zu dem Ergebnisse kam, daß die H.'sche Gerechtsame in dem Beschlusse vom 12. Mai 1842 als eine nicht radizierte festgestellt sei, den Antrag des J. H. als gegenstandslos hätte abweisen sollen. Die neue Feststellung ist auch dann in einem Verfahren auf Feststellung eines Gewerberechts ergangen, wenn nach dem Ergebnisse des Verfahrens anders hätte entschieden werden sollen. Für das Recht des Stadtmagistrats, sie mit Beschwerde anzufechten, sind deshalb die Vorschriften für die Anfechtung einer solchen Feststellung maßgebend. Im Art. 10 Ziff. 3 des Ges. v. 11. Sept. 1825, die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betr., ist bestimmt, daß Streitigkeiten in bezug auf reale oder radizierte Gewerbe, bei welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruht, sich von nun an zur Entscheidung des ordentlichen Zivilrichters eignen. Auf Grund der Anordnung im Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes, daß das StM. des Innern die zur Vollziehung des Gesetzes erforderlichen administrativen Anordnungen und polizeilichen Vorschriften unverzüglich zu veranlassen habe, ist im § 11 der vom StM. des Innern erlassenen, durch Ah. VO. v. 28. Dez. 1825 genehmigten „Instruktion zu den Grundbestimmungen für das Gewerbswesen in den 7 älteren Kreisen des Königsreichs" verfügt, daß „die Realität des Gewerbes .... in zweifelhaften Fällen gerichtlich konstatiert werden" muß, und sodann eine Entschließung des StM. des Innern v. 30. Okt. 1835 ergangen, die „namentlich die Kompetenzverhältnisse und das Verfahren bei Konstatierung der Realität der Gewerbe" regelt.

Als das Ergebnis „der umfassendsten Erörterungen" zwischen den StM. der Justiz und des Innern wurde „eine Vereinbarung der Ansicht dahin" bekannt gemacht, „daß die Entscheidung über die Realität oder Nichtrealität der Gewerbe", falls es sich nicht um „Verhandlungen in Parteiverhältnissen" bei „Streitigkeiten zwischen Privaten" handelt, „unter den Begriff des Offizialverfahrens" falle. Zugleich wurde mitgeteilt, daß das StM. der Justiz im Einverständnisse mit dem StM. des Innern am 28. August 1835 eine Entschließung an die Appellationsgerichte d. d. Rh. erlassen habe, nach welcher, wenn „die von dem Gewerbsmann in Anspruch genommene Realität des Gewerbes nicht von einem beteiligten Privaten, sondern von der Polizeibehörde in Kontestation gezogen" wird, das Gericht „in der Form gerichtlicher Beurkundung auszusprechen" hat, „ob dem in Frage stehenden Gewerbe die reale Eigenschaft zustehe oder nicht", „im Falle der affirmativen Beurkundung das Gewerbe ohne weiteres als real in das Kataster einzutragen" ist, während „im entgegengesetzten Falle von Seite des Prätendenten gegen den richterlichen Beschluß nach Maßgabe der GerO. Kap. XV § 5 Nr. 6 Beschwerde an den Oberrichter" stattfindet. Am Schlusse wurde in Ziff. IX bemerkt, daß sich bei Befolgung der gegebenen Weisungen „eine kontradiktorische Stellung oder ein Parteiverhältnis der Polizeibehörden in Fragen über die Realität eines Gewerbes durchaus nicht denken" lasse. In Uebereinstimmung hiermit hat das StM. der Justiz in einer Entschließung vom 31. August 1854 (Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Bayern Bd. 1 S. 313) die Gerichte auf die Wichtigkeit der „affirmativen Beurkundung der Realität eines Gewerbes" hingewiesen, die „ohne daß ein Rechtsmittel dagegen von irgend einer Seite ergriffen werden kann, den Eintrag des Gewerbes als eines realen in den Kataster zur Folge hat". Demgemäß ist anerkannt, daß in dem zu den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. gehörenden Feststellungsverfahren gegenüber einer „affirmativen Beurkundung" — „da kein Gegner vorhanden ist" — „Niemanden, auch nicht der Polizeibehörde, das Recht einer Berufung oder Beschwerde zusteht" (Bl. f. RA. Bd. 3 S. 205, Bd. 5 S. 10, Bd. 13 S. 185, BlAdmPr. Bd. 41 S. 289 ff., insbes. S. 295, und die Entsch. des vorm. OAG. vom 17. Mai 1841 und des ObLG. vom 10. Februar 1893 in Bl. f. RA. Bd. 7 S. 315, Bd. 58 S. 373). An dieser Rechtslage ist durch Art. 129 AG. z. BGB. nichts geändert worden, der neben anderen Vorschriften des FGG. die für die Beschwerde geltenden Vorschriften der §§ 19 bis 27, 29, 30, auf diejenigen Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb., für welche die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend sind, anwendbar erklärt hat, soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist; die Sonderbestimmung, die eine Anfechtung der das Bestehen der behaupteten Gerechtsame feststellenden Entscheidung ausschließt, ist ebenso unberührt geblieben wie bei der Regelung des Beschwerdeverfahrens in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb., die das AG. z. ZPO. u. KO. vom 23. Februar 1879 in den Art. 50 bis 66 getroffen hat (Beschl. vom 10. Februar 1906 [I. ZS.]; Reg. III 6/06).

Nachschrift des Einsenders. Der Mangel gesetzlicher Vorschriften für das gerichtliche Verfahren bei Anträgen von Gewerbetreibenden auf Feststellung der dinglichen Eigenschaft ihres Gewerberechts ist in der Praxis schon häufig beklagt, ja mitunter auch die Legalität des ganzen nur auf Ministerialentschließungen, insbesondere auf Entschließungen des Ministeriums des Innern beruhenden Verfahrens bestritten worden. Es kann auch gar keinem Zweifel unterliegen, daß unter den im Art. 12 Abs. 3 des Ges. vom 11. Nov. 1825 dem StM. des Innern vorbehaltenen „administrativen Anordnungen" und „polizeilichen Vorschriften" Normen über das gerichtliche Verfahren bei Streitfällen irgendeiner Art nicht begriffen sein konnten. Die Bedenken hinsichtlich der Legalität des bisher beobachteten Verfahrens schwinden aber bei der Erwägung, daß es auf einer seit den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts fortgesetzten gleichmäßigen Uebung beruht, die allerdings nur in den von den obersten Verwaltungsstellen geäußerten Ansichten ihren Ursprung hatte, weshalb man die erwähnten Vorschriften als zu Gewohnheitsrecht gewordene Normen über das Verfahren gelten lassen darf. Die Ansicht freilich, daß der Gewerbepolizeibehörde, obwohl sie im Verfahren als „Kontestantin" angesehen wird, gegen die feststellende Entscheidung eine Beschwerde nicht zusteht, beruht auf dem in Bayern — nicht überall außerhalb Bayerns — festgehaltenen Grundsatze, daß der Staat nur in seiner Eigenschaft als Fiskus Partei, nicht aber auch in Rechtsangelegenheiten, in denen das öffentliche Interesse dem privaten gegenübertritt, als selbständig Beteiligter erscheint. Dieser Grundsatz ist aber jetzt schon reichsrechtlich durchbrochen (Parteirolle der Staatsanwaltschaft in gewissen Zivilprozeßsachen, Beschwerde der Aufsichtsstelle gegen Entscheidungen in Standesregistersachen) und auch im Fall des Art. 107 AG. z. BGB. ist es nicht die fiskalische, sondern die Verwaltungsstelle, zu deren Geschäftsbereich die Wahrnehmung des betreffenden Interesses gehört, welche die Vollziehung der Auflage von öffentlichem Interesse nötigenfalls im Wege des Rechtszwangs gegen den Beschwerten zu verfolgen hat. Würde heutigen Tages eine gesetzliche Regelung des sog. Konstatierungs-Verfahrens erfolgen, was bei der zunehmenden Seltenheit der Fälle kaum mehr eintreten wird, dann würde die Frage der Beschwerdeberechtigung der Gewerbepolizeibehörde wohl in bejahendem Sinne zu beantworten sein. K.

459

Oberlandesgericht Augsburg.

Einstweilige Verfügungen in Ehesachen. Klage auf Feststellung der Pflicht des Mannes zur Tragung von Prozeßkosten. Eine mit ihrem Mann im Scheidungsprozesse befindliche Frau hat beim Prozeßgericht beantragt, den Mann zu ihrer Alimentierung während des Prozesses durch einstweilige Verfügung zu verurteilen. Dieser Antrag wurde abgewiesen und die Berufung vom Oberlandesgericht (II. ZS.) am 14. Dezember 1905 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Nach § 1361 BGB. mit § 627 ZPO. darf durch die einstweilige Verfügung eine Regelung der Unterhaltspflicht des Gatten nur erfolgen, wenn die Eheleute tatsächlich getrennt leben, und wenn und insolange eines von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben; die Frau hat keinen Antrag gestellt, ihr das Getrenntleben zu gestatten, und ihr Vertreter auch keine Tatsachen angeführt und glaubhaft gemacht, welche die Annahme rechtfertigen könnten, daß sie berechtigt sei, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern (§ 1353 Abs. 2 BGB.). Uebrigens könnte auch § 940 ZPO. hier keine Anwendung finden. Denn die Regelung, welche sich auf diese Gesetzesstelle stützen will, muß sich auf das streitige Rechtsverhältnis beziehen, und darf sonach nicht etwas zum Gegenstande haben, was von der Hauptsache wesentlich verschieden ist. Durch die von der Frau begehrte einstweilige Verfügung aber soll die Unterhaltspflicht des Ehemanns vorläufig geregelt werden, während der Hauptprozeß die Ehe selbst und deren in Frage gestellte Fortdauer zum Gegenstande hat. (RG. Bd. 47 S. 383 4.)

Dieselbe Frau hat mit besonderer Klage gegen ihren Mann Urteil dahin beantragt, daß 1. dieser als Vertreter des ehelichen Gesamtgutes schuldig sei, für

die Kosten des Ehescheidungsstreites seiner Frau und der damit zusammenhängenden Streitsachen, insbesondere auch für deren Kosten als Nebenklägerin im Strafverfahren gegen ihren Mann wegen Körperverletzung aufzukommen, und 2. schuldig sei, an den Anwalt seiner Frau für diese einen angemessenen Kostenvorschuß von 100 Mk. zur Führung des Scheidungsprozesses zu zahlen. Vom Erstrichter ist der Beklagte schuldig erkannt worden, an die Klägerin zu Händen ihres Anwalts einen Prozeßkostenvorschuß von 100 Mk. zu entrichten, im übrigen aber die Klage abgewiesen worden. Die Berufung wurde vom Oberlandesgericht (II. ZS.) am 14. Dez. 1905 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Erstrichter hat die Feststellungsklage zu 1. mit Recht für unzulässig erachtet, weil es sich da nicht um Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines bestimmten Rechtsverhältnisses, sondern nur um die Auslegung und Anwendbarkeit der Vorschriften in den §§ 1464 Abs. 1, 1460 Abs. 2 und 1459 Abs. 2 BGB. handelt. Denn es soll nicht der Bestand eines zwischen den Parteien bereits bestehenden Rechtsverhältnisses klar gestellt, sondern nur eine Erörterung darüber getroffen werden, nach welchen Grundsätzen über Ansprüche, die der Klägerin infolge der bezeichneten Prozesse gegen den Beklagten etwa noch erwachsen könnten, zu entscheiden sein werde (vgl. RG. Bd. 6 S. 387 u. 397). Auch mangelt der Klägerin das rechtliche Interesse an der Feststellung; denn durch einen Ausspruch im Sinne von Ziff. 1 werden weitere Klagen nicht vermieden oder erspart. Es genügt vielmehr darauf hinzuweisen, daß aus einem solchen Ausspruche nicht hätte entnommen werden können, welche einzelnen Beträge vom Beklagten noch zu leisten sein werden, und wann die Leistungen jeweils zu geschehen haben. Endlich steht dem Berufungsantrage, der sich von dem Klagsantrage noch dadurch unterscheidet, daß Beklagter nicht bloß als Vertreter des Gesamtgutes, sondern auch als persönlich haftend in Anspruch genommen wird, das weitere Bedenken entgegen, daß er nicht erkennen läßt, ob damit nur die Kostenvorschußpflicht des Beklagten festgelegt oder auch die Frage zur Entscheidung gebracht werden soll, wem die im Ehescheidungsstreite und im Verfahren wegen Körperverletzung erwachsenen Kosten im Verhältnis der Eheleute zu einander zur Last fallen, über welch letztere Frage schon nach dem Wortlaute des § 1464 Abs. 1 BGB. vor Beendigung der bezeichneten Prozesse eine Entscheidung überhaupt nicht getroffen werden könnte.

374 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

Bedeutung der Fristversäumnis nach Art. 96 SubhO. Am 29. Mai 1905 wurde das am 29. März 1905 beschlagnahmte Anwesen Haus-Nr. 10 an der A.-Straße in M. versteigert und um das Mindestgebot von 101 000 Mk. dem 2. Hypothekgläubiger zugeschlagen. Das Gebot deckte die Bankhypothek an erster Stelle zu 95 000 Mk. samt Rückständen und Kosten; die Nebenkaution von 9500 Mk. war nicht eingerechnet. Die außergerichtliche Strichschillingsausweisung verzögerte sich bis Ende 1905. Am 3. November 1905 stellte der Weinwirt M. dem Schuldner E. und dem Subhastationsgericht eine Pfändungsbenachrichtigung hinsichtlich der für E. aus der Banknebenkaution entstehenden Eigentümerhypothek zu. Am 15. Dezember 1905 erhielten die Beteiligten, darunter auch M., Aufforderung nach Art. 96 SubhO., wobei die Nebenkaution unberücksichtigt gelassen, der Strichschilling vielmehr auf der Grundlage des Liegenbleibens des Bankgelds (laut ausdrücklicher Versteigerungsbedingung) ausgewiesen war. Nach Ablauf der Frist kam ein vor deren Ablauf datierter Widerspruch des M. in den Einlauf des Vollstreckungsgerichts zugleich mit einem am 28. Dezember 1905 der Bank und dem Schuldner, nicht aber dem Gericht zugestellten Pfändungsbeschluß hinsichtlich der Eigentümerhypothek. Das Amtsgericht wies den Widerspruch als verspätet und unbegründet zurück. Die Beschwerde blieb erfolglos. In den Gründen ist ausgeführt, gegen die Fristversäumnis nach Art. 96 SubhO. gebe es keine Wiedereinsetzung, sohin sei der Beschwerdeführer als damit einverstanden anzusehen, daß der ihm mitgeteilte Befriedigungsnachweis den gerichtlichen Verteilungsplan ersetze. Der Amtsrichter habe daher mit Recht beschlossen, den Widerspruch unbeachtet zu lassen; zur förmlichen Mitteilung hierüber habe er übrigens nach dem Wortlaut des Art. 96 Abs. 2 SubhO. nicht einmal eine Verpflichtung gehabt. Mangels eines sachlichen Beschwerdegrunds habe der Antragsteller auch nicht das Recht, eine Nachprüfung und Aenderung des Verfahrens gewissermaßen von Amts wegen herbeizuführen, vielmehr sei ihm nur die Bereicherungsklage gegen einen angeblich schlechter berechtigten Gläubiger anheimgestellt (Beschl. v. 16. Jan. 1906; BeschwR. 13/06). N.

412

Notiz.

Bildung einer Kammer für Handelssachen in Ludwigshafen a. Rh. Das GVBl. veröffentlicht auf S. 171 f. eine VO. vom 21. April 1906, durch die vom 1. Juni 1906 an für den Bezirk des Amtsgerichts Ludwigshafen a. Rh. eine Kammer für Handelssachen bei dem Landgericht Frankenthal mit dem Sitze in Ludwigshafen errichtet wird. Es ist dies der erste Fall, daß in Bayern von der Ermächtigung des § 100 Abs. 2 GVG. Gebrauch gemacht wird. Die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen in Frankenthal wird für die Rechtsstreitigkeiten, die nach dem 31. Mai 1906 bei dem Landgericht Frankenthal anhängig werden, auf die Bezirke der Amtsgerichte Dürkheim, Frankenthal, Grünstadt, Neustadt a. H. und Speyer beschränkt. Die Sachen, die vorher bei dem Landgerichte Frankenthal anhängig waren, gehen, selbst wenn sie aus dem Bezirke Ludwigshafen stammen, nicht auf die neue Kammer über, auch dann nicht, wenn infolge eines Rechtsmittels eine Zurückverweisung stattfinden würde. Auch die Sachen, die etwa bis zum 31. Mai 1906 vor die Zivilkammer des Landgerichts Frankenthal gebracht worden sind, obwohl sie vor die Kammer für Handelssachen gehören, gehen im Falle einer Verweisung (§ 104 GVG.) nicht an die neue Kammer für Handelssachen über. Würde dagegen eine Sache, die beim Amtsgerichte Ludwigshafen vor dem 31. Mai 1906 anhängig gemacht worden ist, mit Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands zur Zuständigkeit des Landgerichts und ihrer Art nach zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen gehören, so würde sie im Falle einer nach dem 31. Mai 1906 eintretenden Verweisung (§§ 505, 506 ZPO.) vor der neuen Kammer anhängig werden. Es wird also darauf ankommen, ob im Falle des § 505 Abs. 2 ZPO. das die Verweisung aussprechende Urteil vor oder nach dem 31. Mai 1906 rechtskräftig wird und ob im Falle des § 506 Abs. 2 ZPO. der Verweisungsbeschluß vor oder nach diesem Zeitpunkte verkündet wird.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

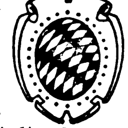
Nr. 11. München, den 1. Juni 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Das Zeugnisweigerungsrecht des Paukarztes.

Von **Dr. Reinhard Frank**, Professor der Rechte in Tübingen.

Das ärztliche Berufsgeheimnis ist in den letzten Jahren wiederholt von medizinischer wie von juristischer Seite literarisch behandelt worden. So eingehend mehrere dieser Untersuchungen sind, so wenig hat man bis jetzt die Frage speziell ins Auge gefaßt, ob der Arzt, der zu einem Zweikampf zugezogen wird, das Zeugnis über die Person der Duellanten und über die beobachteten Vorgänge schlechthin verweigern darf, oder ob dieses Recht etwa von dem Umstande abhängt, daß sich Gelegenheit zum ärztlichen Eingreifen ergeben hat.

Hierüber hatte kürzlich ein mitteldeutsches Landgericht zu entscheiden. Den Gegenstand der Voruntersuchung bildete ein unblutig verlaufenes Pistolenduell. Die dabei zugezogenen Aerzte verweigerten die Aussage, wurden aber von dem Untersuchungsrichter wegen ungerechtfertigter Weigerung in Strafe genommen. Dabei stützte sich der Richter hauptsächlich auf zwei Erwägungen. Zunächst seien die Aerzte als solche gar nicht in Tätigkeit getreten; denn ihre bloße Anwesenheit beim Zweikampf erscheine nicht als Berufsausübung. Aber selbst wenn man das annehmen wolle, so seien ihnen doch die Vorgänge beim Zweikampf nicht „anvertraut" worden, sie hätten sie dann nur gelegentlich der Ausübung ihres Berufes w a h r g e n o m m e n, und von der Pflicht, W a h r n e h m u n g e n mitzuteilen, werde der Arzt durch StPO. § 52 nicht befreit.

Der von dem Untersuchungsrichter vertretene Standpunkt kann m. E. nicht als zutreffend bezeichnet werden; er legt sowohl den Begriff der ärztlichen Berufsausübung wie auch den des Anvertrauens zu eng aus.

Vergegenwärtigt man sich die Lage des Arztes, der bei einer Mensur eventuell Hilfe leisten soll, so kann man nicht sagen, daß er als solcher erst dann tätig wird, wenn sich tatsächlich Anlaß zum Nähen oder Verbinden bietet. Es unterliegt vielmehr keinem Zweifel, daß auch die Vorbereitung zu der eventuell nötig werdenden Hilfeleistung, z. B. das Bereitstellen von Verbandzeug, unter den Begriff der Berufsausübung fällt.

Die Richtigkeit dieser Auffassung läßt sich leicht veranschaulichen. Ist ein Truppenteil im Begriff, in das Gefecht einzutreten, so gehört es gewiß zu den Aufgaben des Militärarztes, eine Reihe von Vorbereitungen für die Pflege und Behandlung der Verwundeten zu treffen. Der Umstand, daß tatsächlich Verwundungen nicht vorkommen, ist nicht geeignet, seiner vorher entfalteten Tätigkeit rückwärts die Qualität einer Berufs- oder Amtstätigkeit wieder zu nehmen. Ebenso verhält es sich mit dem Arzte, der eine Entbindung vorbereitet, auch wenn die Niederkunft während seiner Anwesenheit bei der Schwangeren nicht eintritt.

Ja, es muß weitergehend behauptet werden, daß die Tätigkeit des Arztes schon in dem Augenblicke beginnt, da er „gerufen" wird. Bei dieser Gelegenheit werden ihm stets gewisse Mitteilungen gemacht, die, soferne sie vertrauliche sind, unter der Verschwiegenheitspflicht stehen. Man denke etwa an eine diskrete Niederkunft, an den plötzlichen Ausbruch einer Geisteskrankheit oder an Verletzungen, die ein Familienglied einem andern zugefügt hat. Derartige Mitteilungen nimmt der Arzt deshalb in Ausübung seiner Berufstätigkeit entgegen, weil ihr Inhalt sein ärztliches Verhalten vielfach zu bestimmen vermag. Hält er sie nicht geheim, so ist er der in StGB. § 300 vorgesehenen Strafe verfallen.

Nicht anders steht es, wenn der Arzt ersucht wird, bei einem Zweikampf zu assistieren. Hier umfassen die vorbereitenden Mitteilungen selbstverständlich Ort und Zeit des Duells, ganz regelmäßig aber werden sie sich auch auf die Personen der Duellanten erstrecken, schon deshalb, weil der Arzt seine Assistenz hiervon vielfach abhängig machen wird.

Auch dem zweiten von dem Untersuchungsrichter aufgestellten Satze, nach dem ein scharfer Unterschied bestehen soll zwischen dem, was man dem Arzte anvertraut und dem, was er bei Ge-

legenheit seiner Berufstätigkeit wahrnimmt, läßt sich nicht beitreten.

Eröffnet jemand dem Arzte, daß ein Zweikampf zwischen bestimmten Personen bevorstehe, so bleibt diese Mitteilung selbstverständlich auch dann „anvertraut", wenn nachträglich der Zweikampf wirklich vollzogen wird. Wollte man nun den Arzt deshalb zur Aussage verpflichtet halten, weil er das Duell selbst mit angesehen hat, so würde dadurch das Zeugnisweigerungsrecht einfach illusorisch gemacht. Von diesem Standpunkt aus käme man zu dem Ergebnis, daß der Arzt zwar nicht zu sagen brauchte, er sei zu einer diskreten Niederkunft gerufen worden, wohl aber wäre er verpflichtet, den Namen der Wöchnerin deshalb zu nennen, weil er dem Vorgang der Geburt beigewohnt hat. Die am Biertisch vorgebrachte Erzählung des Arztes, daß er gerufen worden sei, wäre nach § 300 StGB. strafbar, die auf eigener Wahrnehmung beruhende Schilderung des Vorganges selbst strafbar.

Daß das nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand. Anvertraut ist dem Arzte vielmehr alles, dessen Kenntnisnahme ihm als solchem möglich gemacht wird, mag dies dadurch geschehen, daß es ihm mitgeteilt oder daß ihm Gelegenheit zur unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung geboten wird.

In dem Sinne hat denn auch wiederholt das Reichsgericht den § 383 Nr. 5 der ZPO. (früher § 348) ausgelegt. So sagt ein in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Jahrg. 1894 S. 497 ff. abgedruckter Beschluß des IV. Zivilsenats vom 2. November 1893: „Die Vertrauensstellung, in welcher sich der von einer Partei bevollmächtigte Rechtsanwalt befindet, erstreckt sich nicht allein auf die dem Rechtsanwalt in dieser seiner Eigenschaft von der Partei gemachten Mitteilungen, sondern überhaupt auf alle Tatsachen, welche von ihm innerhalb der ihm übertragenen Geschäftsführung wahrgenommen werden." Allerdings bezieht sich diese Entscheidung direkt nicht auf die Berufsgeheimnisse des Arztes, sondern auf die des Rechtsanwaltes. Aber es besteht nicht der geringste Grund, weshalb für jenen etwas anderes gelten sollte als für diesen. In der Kommission für die Reform des Strafprozesses hat man denn auch die zitierte Entscheidung ohne weiteres auf den Arzt für anwendbar erklärt und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf sie beschlossen, es bei dem geltenden Rechte belassen zu wollen[1].

Noch deutlicher ist vielleicht ein Beschluß desselben Senats vom 18. September 1901 (in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Jahrg. 1902 S. 1082 ff.). Hier heißt es:

„Vergeblich sucht der Beschwerdeführer darzutun, daß sich vorbezeichnete Gesetzesstelle (ZPO. § 383 Nr. 5) nur auf direkt anvertraute, nicht aber auf andere Tatsachen .... bezöge. Der Ausdruck „anvertraut" muß im weiteren Sinne verstanden werden. Er erstreckt sich namentlich auch auf das, was die in § 383 Ziff. 5 gemeinten Personen innerhalb ihres Berufs im Verkehre mit den ihnen Vertrauen schenkenden Personen wahrgenommen und was sie selbst den letzteren mitgeteilt und erklärt haben. Denn das Angehen eines Arztes, Anwaltes ꝛc. um Rat und Hilfe enthält schon von selbst das ganz allgemeine und selbstverständliche Ersuchen um Geheimhaltung aller den ersteren dadurch bekannt werdenden erheblichen und nicht für die Oeffentlichkeit bestimmten Umstände, ohne daß solches Ersuchen ausdrücklich gestellt zu werden braucht, oder daß es sich auf die vom Rat- und Hilfesuchenden selbst zu machenden Mitteilungen beschränkt. Diese stehen ja in nicht oder nur schwer löslichem Zusammenhange mit den von der Vertrauensperson zu stellenden Fragen, vorzunehmenden Untersuchungen und Erörterungen, und mit Offenbarung der letzteren ließe sich die Geheimhaltung der ersteren in der Regel nicht vereinbaren" [1]).

Speziell für den hier behandelten Fall erhält diese Ansicht eine wesentliche Unterstützung durch folgende Erwägung. Das StGB. erklärt bekanntlich in § 209 die bei einem Zweikampfe zugezogenen Aerzte für straflos. Dies geschieht deshalb, weil der Gesetzgeber die Zuziehung von Aerzten beim Zweikampf fördern will. Geht es einmal ohne Duell nicht ab, dann soll es wenigstens möglichst ungefährlich gestaltet werden. Diese wohl erwogene Absicht des Gesetzgebers würde aber vereitelt werden, wenn die Parteien Gefahr laufen müßten, sich durch Zuziehung von Aerzten schlechthin zur Aussage verpflichtete Zeugen zu schaffen.

Auf diese Gründe stützte sich die Beschwerde, die einer der Aerzte auf meinen Rat und unter meiner Anleitung gegen den oben erwähnten Beschluß des Untersuchungsrichters eingelegt hat. Die Strafkammer hat sich diesen Gründen in der Hauptsache angeschlossen und demgemäß die Weigerung des Zeugnisses für gerechtfertigt erklärt. Gegen Ende ihres Beschlusses aber hebt die Strafkammer einen Gesichtspunkt hervor, der auf eine Lücke im Gesetze hinweist. Wenn nämlich der Arzt auch deshalb über den Zweikampf nichts auszusagen braucht, weil sonst die Parteien die

[1]) Protokolle der Kommission f. Reform des Strafprozesses (Berlin 1905) 2. Band S. 208.

[1]) Hiermit stimmen von den Kommentatoren der ZPO. namentlich Gaupp-Stein und Seuffert überein. S. bei diesen auch andere Nachweisungen aus der Judikatur. Inzwischen hat sich der V. Zivilsenat des Reichsgerichts wiederholt in dem gleichen Sinne ausgesprochen. S. Entsch. Bd. 53 S. 168, Bd. 54 S. 360. — Eine abweichende Auffassung hat der VI. Zivilsenat geäußert, aber nur nebenher und ohne daß sie die Entscheidung selbst beeinflußt hätte. Entsch. Bd. 35 S. 400. Mit großer Bestimmtheit für die Gleichstellung von Wahrnehmungen und Mitteilungen auch Weismann, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts 1. Bd. S. 140.

von dem Gesetzgeber jedenfalls gewünschte Zuziehung von Aerzten unterlassen würde, so müßte das Gleiche auch für den Sekundanten gelten. Denn dieser ist gemäß StGB. § 209 ebenfalls straflos, ja es kann nach § 208 der Richter die Strafe des Zweikampfes ganz wesentlich erhöhen, wenn Sekundanten nicht zugezogen worden sind. Dennoch läßt sich aus dem geltenden Rechte eine Befugnis des Sekundanten zur Zeugnisweigerung nicht ableiten. In der Praxis wird sich allerdings diese Lücke oder diese Inkonsequenz des Gesetzes wenig fühlbar machen, weil der Sekundant vielfach gleichzeitig Kartellträger, als solcher strafbar und mithin zur Aussage nicht verpflichtet ist.

Wie können Zubehörstücke von der Grundstücks-Zwangsversteigerung ausgeschlossen werden?

Von Amtsgerichtsrat **Otto Herold** in Hainichen.

Die gestellte Frage, zu der ich bereits früher im ZBlFG. IV S. 287 ff., insbesondere S. 299 ff., und mit dem Beschlusse[1]) daselbst V S. 140 ff. Stellung genommen habe, ist noch bis heute eine der bestrittensten unseres deutschen Rechts geblieben. Ich benutze deshalb gern die von dem Herausgeber der vorliegenden Zeitschrift mir freundlichst gebotene Gelegenheit, meinen Rechtsstandpunkt in Anschluß an die Ausführungen S. 89 ff., 116 ff. nochmals darzulegen. Freilich muß ich zur Erreichung möglichster Kürze, zur Vermeidung von Wiederholungen und auch, weil ich in der erwähnten Abhandlung zunächst wichtige Vorfragen erörtert habe, mich vielfach auf meine früheren Ausführungen stützen.

Ich kann meine Rechtsauffassung in folgende Sätze zusammenfassen, die ich in gleicher Reihenfolge begründen werde:

I. Auf Grund von § 771 ZPO. kann bei der Grundstückszwangsversteigerung die Zwangsvollstreckung in Zubehörstücke für sich allein und ohne Einfluß auf das Versteigerungsverfahren im übrigen vom Prozeß- bzw. Vollstreckungsgericht aufgehoben oder vorläufig eingestellt werden.

II. Eine solche Entscheidung ist ausnahmlos gegen den betreibenden Gläubiger zu erwirken.

III. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung in Zubehörstücke verhindert, daß mit dem Zuschlag Rechtsfolgen eintreten, die das Recht des Dritten ohne Rücksicht auf die Rechtsbeständigkeit der Beschlagnahme vernichten oder doch schädigen würden. Sie scheidet aber im übrigen die Zubehörstücke nicht aus dem Grundstücksversteigerungsverfahren aus. Dies können vielmehr, abgesehen von rechtserheblichen Veräußerungen des Schuldners und Entfernen vom Grundstück — vgl. §§ 1121, 135, 185 BGB., auch ZBlFG. IV S. 289 — und von der Aufhebung seines Besitzes allein — § 55 Abs. 2 ZwVG. — nur Festsetzungen nach § 59 ZwVG. bewirken.

IV. Weder ohne die Grundlage des § 771 ZPO., noch vom Versteigerungsgericht als solchem kann die Zwangsvollstreckung in Zubehörstücke eingestellt werden. Lediglich Anordnungen nach § 65 ZwVG. kann der Versteigerungsrichter treffen.

V. Die „Freigabe" von Zubehörstücken durch den betreibenden Gläubiger hat weder als solche irgendwelchen Einfluß auf das Verfahren, noch bildet sie eine beachtliche Unterlage für einen Einstellungsbeschluß.

VI. Die Sätze unter I bis V erleiden auch für die Zeit von der Grundstücksversteigerung ab bis zum Zuschlage keine Aenderungen.

I.

Der hier aufgestellte Satz ist fast allgemein anerkannt. Sowohl die Denkschrift zum ZwVG. — S. 42, 51 — wie die Motive dazu — S. 151 ff. —, auch Kommentare und Rechtsprechung erwähnen § 771 ZPO. als eine Vorschrift, auf Grund deren bei Fortgang des Versteigerungsverfahrens im übrigen Aufhebung und Einstellung der Zwangsvollstreckung in einzelne Zubehörstücke erlangt werden könne. Der entgegenstehenden Ansicht von Levis in der ZZP. Bd. 35 S. 87 ff. kann ich mich nicht anschließen. Es ist weder das von ihm erstrebte Ergebnis befriedigend, noch sind seine Gründe überzeugend. So steht ihm gerade der Wortlaut des § 55 Abs. 2 ZwVG. direkt entgegen, obwohl er sich auf ihn in seiner Verbindung mit § 37 Ziff. 5 ZwVG. in erster Linie beruft. Denn wenn § 55 Abs. 2 ZwVG. bestimmt, daß sich auf Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners, aber im Eigentum eines Dritten befinden, die Versteigerung erstrecke, „es sei denn", daß der Dritte sein Recht nach Maßgabe des § 37 Ziff. 5 ZwVG. geltend gemacht habe, so gibt diese Bestimmung doch gleichzeitig klar zu erkennen, daß — eben ohne Erstrecken auf die betreffenden Zubehörstücke — auch nachdem der Dritte seine Rechte gemäß § 37 Ziff. 5 ZwVG. gewahrt, im übrigen die Grundstücksversteigerung ungehindert weiter geführt werden könne. So will ich mich damit begnügen, hier auf die Ausführungen von von der Pfordten a. a. O. S. 89 ff., 116 ff. zu verweisen. Nur das möchte ich noch anfügen, daß man de lege ferenda wohl fragen könnte, ob nicht besser für die Grundstücksversteigerung Einstellungen, die nicht das ganze Verfahren betreffen, dem Vollstreckungsgericht zuzuweisen und die Notwendigkeit einer Fristbestimmung nach § 769 Abs. 2 ZPO. zu streichen sei. Eine Ueberweisung der Einstellungsbeschlüsse an den

[1]) Der Beschluß ist vom Landgericht Freiberg auf sofortige Beschwerde bestätigt worden.

Versteigerungsrichter als solchen würde ich nicht für zweckmäßig halten. Das schwierige Zwangsversteigerungsverfahren wäre dadurch nur noch mehr belastet, auch würde die Gefahr erzeugt, daß Einstellungsbeschlüsse ergehen, die die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen verletzen — vgl. auch unter IV und V.

II.

Auch in diesem Punkte herrscht im allgemeinen Uebereinstimmung, und ich will insofern meine Angabe ZBlFG. IV S. 306, V S. 140, wo ich auch andere, insbesondere auch die Zwangsverwalter als mögliche Antragsgegner auffaßte, gern berichtigen. Die gegen den aufgestellten Satz von Mangler SächsArchiv 04 S. 145 ff., dem Levis a. a. O. S. 88 a. E. sich anschließt, vorgebrachten Gründe sind nicht überzeugend. Ich kann mich in dieser Beziehung auf die Entsch. d. RG. JW. 04 S. 413 und die sich anschließende Entsch. des OLG. Dresden ZBlFG. VI S. 214 ff. stützen. Hervorgehoben mag auch hier schon werden, daß, — zumal wenn der betreibende Gläubiger der nach § 55 Abs. 2 ZwVG. sehr wesentlichen Entfernung fremder Zubehörstücke aus dem Besitze des Schuldners nicht entgegen ist: „freigibt", — widerstrebenden Dritten, namentlich also auch dem Schuldner oder dem Zwangsverwalter gegenüber der dritte Eigentümer öfter vorteilhaft einen Anspruch auf Herausgabe [1]) geltend machen wird. In Eilfällen würde auch durch einstweilige Verfügung die Entfernung des in Frage kommenden Gegenstands aus dem Besitze des Schuldners vor der Versteigerung zu erreichen sein. Hier handelt es sich aber dann doch nicht um einen Widerspruch nach § 771 ZPO.

Wegen der Einstellung beigetretenen Gläubigern gegenüber ist zu vgl. die ZBlFG. V S. 193 zu § 37 ZwVG. angezogene Entscheidung.

III.

Hier muß ich mich im wesentlichen auf meine Ausführungen ZBlFG. IV S. 287 ff., insbesondere S. 299 ff., 304 ff. beziehen. Deren Widerlegung macht sich Levis a. a. O. S. 96 ff. m. E. zu leicht, wenn er ausführt, ich faßte die „Verfahrenseinstellung" falsch auf, und es fielen damit alle übrigen Beweisgründe in sich zusammen. Meine Auffassung von der Verfahrenseinstellung bei Zubehör ist es ja gerade, was ich mit den „übrigen" Beweisgründen eingehend zu begründen suche. Es ist doch auch übrigens gar nicht so ungewöhnlich, wenn das Gesetz in § 37 Ziff. 5 von Einstellung des Verfahrens spricht, obgleich sich der Ausdruck lediglich mit dem Hauptfall, der Einstellung der Versteigerung wegen des ganzen Grundstücks, vollkommen deckt. Es kann füglich doch den Rechtsverständigen die Ueberlegung überlassen werden, daß bei anderer Rechtslage auch nur entsprechende Rechtsfolgen eintreten können. Zur Begründung meiner Auffassung will ich nur auch hier nochmals darauf hinweisen, daß, wenn Gegenstände von der Grundstücksversteigerung lediglich rechtlich mitumfaßt werden, doch kein sie allein betreffendes, besonderes Verfahren vorhanden ist, das als solches für sich eingestellt werden könnte. Es können eben nur die Folgen des rechtlichen Umfassens, wie sie vor allem §§ 52, 55, 91 ZwVG. feststellen, verhindert werden. Auch Levis erkennt sehr wohl, daß es nur ein einheitliches Grundstücksversteigerungsverfahren gibt, und beweist dies mit beachtungswerten Gründen. Nur kommt er deshalb, weil er eben zu sehr an den Buchstaben der Verfahrenseinstellung festhält, zu einem dem meinen geradezu entgegengesetzten Ergebnis. — Ich möchte für meine Auffassung in Anspruch nehmen, daß sie in allen Fällen, mag es sich um geringfügige Gegenstände handeln, die die Einstellung des ganzen Verfahrens unmöglich zur Folge haben können, oder mag es sich um wichtiges, für den Preis des ganzen Grundstücks wesentliches Zubehör handeln, zu der einfachsten und billigsten Lösung führt und daß sie mit allen Bestimmungen des schwierigen ZwVG. leicht in Einklang zu bringen ist — zu vgl. ZBlFG. IV S. 305 ff. —.

IV.

Zu abweichender Beantwortung der hier vorliegenden Frage haben hauptsächlich zwei Wege geführt. Entweder hat man geglaubt, die Bestimmungen in §§ 29 ff. ZwVG. ohne weiteres auch auf die Einstellung bei einzelnen Zubehörstücken anwenden zu können, so auch von der Pfordten a. a. O. S. 90 und das OLG. Kiel nach ROLG. VI S. 430 ff., oder man erblickte in § 37 Ziff. 5 ZwVG. eine selbständige, die Einstellungsbefugnis des Versteigerungsrichters enthaltende Bestimmung. So anscheinend das OLG. Dresden in der Entsch. d. ROLG. VIII S. 4 ff. = Annalen des OLG. Dresden Bd. 25 S. 270 ff., das hierbei gleichzeitig die Geltung des § 29 ZwVG. für einzelne mitumfaßte Gegenstände verneint. Beide Wege kann ich nicht als richtig anerkennen. §§ 29 ff. ZwVG. beziehen sich, wie schon ihre Stellung im Gesetze ergibt, nur auf das ganze Versteigerungsverfahren. — So anscheinend auch die Entsch. Annalen des OLG. Dresden Bd. 23 S. 557 ff. — Auch aus den Materialien und dem Wortlaut der Paragraphen ergibt sich nichts, was ihre, auch nur analoge, Anwendbarkeit für einzelne mitumfaßte Gegenstände zulässig erscheinen lassen könnte. Dem § 37 ZwVG. aber kann um so weniger eine selbständige Bedeutung beigelegt werden, als er lediglich den notwendigen Inhalt der Terminsbestimmung feststellt. Er nimmt, wie bereits unter I erwähnt, zu Ziff. 5 seinen Inhalt aus der ZPO.

[1]) Zu vgl. ist auch die Abhandlung Kretzschmars über das Wegnahmerecht des § 951 Abs. 2 BGB. ZBlFG VI S. 1 ff.

und zwar deren § 771. „Die Aufhebung und Einstellung der Zwangsvollstreckung in einzelne, von der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück mitumfaßte Gegenstände kann nur nach der ZPO. beurteilt werden, der das ZwVG. untrennbar zugehört." Dann meint aber auch § 55 Abs. 2 ZwVG., der wieder sich auf § 37 Ziff. 5 ZwVG. bezieht, gleichfalls lediglich einen auf die ZPO. begründeten Beschluß. Andere Einstellungsbeschlüsse, die nicht das ganze Verfahren betreffen, sind auch recht gefährlichen Charakters. Denn, wie ich noch unter V für den hauptsächlichsten Fall darlegen werde, enthalten sie wohl fast durchgängig unzulässige Abänderungen der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen und verletzen § 59 ZwVG. Auch der vielfach und so auch ZBlFG. VI S. 215 a. E. gegebene Trost, daß eine Benachteiligung der nicht gehörten Beteiligten mit der Ausschließung einzelner Sachen von der Versteigerung nicht verbunden sei, ist recht problematischer Natur. Denn wenn man auch mit dem RG. Entsch. Bd. 55 S. 414 ff. trotz der geltend gemachten Bedenken — vgl. Fuchs im ZBlFG. VI S. 161 ff., auch von der Pfordten a. a. O. S. 117 — die Fortdauer der Realrechte an den ausgeschlossenen Sachen anerkennen mag — zu vgl. auch ZBlFG. IV S. 295 ff. —, so ist doch zu beachten, daß es sich bei solchen Ausschließungen, die sich nicht auf § 771 ZPO. oder auf § 65 ZwVG. gründen, fast stets um Aufhebung, nicht nur vorläufige Einstellung des Verfahrens handeln wird und daß § 1121 BGB. leicht, zumal bei Versteigerung des Grundstücks, Aufhebung der Haftung der Zubehörstücke herbeiführen kann.

Die Entsch. des RG. JW. 04 S. 413 steht meiner Auffassung nicht entgegen. Sie verneint nur, daß der dritte Eigentümer gegen die die Versteigerung nicht betreibenden Realberechtigten eine Klage auf Feststellung seines Sondereigentums habe. Damit ist aber die Frage nicht erledigt, ob ohne Einwilligung dieser Berechtigten eine Sondereinstellung anders, als auf Grund von §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 ZwVG., § 771 ZPO. herbeigeführt werden könne.

Mit dem Erörterten beantwortet sich auch wohl ohne weiteres die Frage, ob denn wirklich, wie Reinhard in seinem Kommentar zum ZwVG. zu § 37 unter Nr. IV 4 S. 198 ausführt und die Entsch. ROLG. VIII S. 4 = Annalen OLG. Dresden Bd. 25 S. 270 ff. anerkennt, neben dem auf Grund von § 771 ZPO. erlassenen Beschluß des Prozeß- oder Vollstreckungsgerichts noch ein Einstellungsbeschluß des Versteigerungsgerichts bestehen kann. Ich verneine dies, weil es eben keine Bestimmung des ZwVG. gibt, die zur Grundlage dienen könnte. Zum mindesten hat ein solcher Beschluß lediglich deklaratorische Bedeutung, nicht aber selbständige Wirkung. „Es wird sich jedoch für den Versteigerungsrichter unbedingt empfehlen, die erfolgten Einstellungen und ihre Rechtsfolgen im Versteigerungstermin bekannt zu geben, und daß dies geschehen, im Protokolle festzustellen."

Endlich ergibt sich aus dem Dargelegten noch, daß es Einstellungen in Zubehörstücke, die nach § 95 ZwVG. lediglich mit dem Zuschlage angefochten werden können, — zu vgl. Annalen OLG. Dresden Bd. 23 S. 557 ff., ZBlFG. VI S. 214 ff. — überhaupt nicht gibt. Es können solche Einstellungen eben immer nur auf Grund von § 771 ZPO. vorkommen, die dem in diesem Gesetze geordneten Beschwerdewege unterliegen, — zu vgl. auch Annalen des OLG. Dresden Bd. 26 S. 89 ff.

Wegen der Anordnung des Versteigerungsgerichts nach § 65 ZwVG. muß ich auf das von mir ZBlFG. IV S. 291 ff. Dargelegte verweisen.

V.

Mit dem in dem vorigen Abschnitt Ausgeführten ist auch die Entscheidung der Frage vorbereitet, ob denn die Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers bezüglich einzelner Zubehörteile allein für sich oder in Verbindung mit einem Beschluß des Versteigerungsrichters Einfluß auf das Versteigerungsverfahren eingeräumt werden könne. Daß das erstere nicht der Fall sei, ist wohl allgemein anerkannt, und will wohl auch die Entsch. ZBlFG. VI S. 214 ff. nichts Abweichendes sagen.[1]) Ich verneine aber auch weiter die Beachtlichkeit der Freigabeerklärung als Unterlage für einen Einstellungsbeschluß des Versteigerungsrichters. Dies folgt einmal daraus, daß ich, wie dargelegt, die Zulässigkeit solcher Einstellungsbeschlüsse überhaupt in Abrede stelle. Dann aber kommt hier vor allem in Frage, daß ein solcher Einstellungsbeschluß *einen unzulässigen Eingriff in die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen darstellen muß.* Richtig ist, daß die Beschlagnahme lediglich zugunsten des betreibenden Gläubigers vorliegt, aber das Betreiben der Versteigerung *hat nach den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen zu erfolgen, zu denen auch § 55 ZwVG. gehört und die nach § 59 ZwVG. nur mit Zustimmung aller Interessenten geändert werden können.* Die Freigabeerklärung des Gläubigers kann ja, da die Beschlagnahme lediglich als Veräußerungsverbot zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkt, nach §§ 135, 185, 1121 BGB. dem Schuldner ermöglichen, durch Verfügung über den freigegebenen Gegenstand und dessen Entfernung vom Grundstück seine Haftung für die Grundstückslasten aufzuheben. Ebenso kann sie dem dritten Eigentümer möglich machen, durch Aufhebung des Besitzes des Schuldners die Folgen des § 55 Abs. 2 ZwVG. für sich auszuschließen. *Aber dann ist*

[1]) Auch daß die Kenntnis des betreibenden Gläubigers von dem Sondereigentum des Dritten rechtlich bedeutungslos ist, ist anerkannt — vgl. ZBlFG. V S. 139 (RG.).

es eben die Verfügung des Eigentümers und das Wegschaffen oder die Aufhebung des Besitzes des Schuldners, was den Gegenstand aus der Haftung für die Grundstückslasten und aus der Grundstücksversteigerung ausscheidet, nicht aber die Freigabe an sich. Wird freigegeben, aber nicht veräußert und entfernt (§ 1121 BGB.) oder nicht aus dem Besitz des Schuldners genommen (§ 55 Abs. 2 ZwVG.), so bleibt alles unverändert und wird der Gegenstand nach dem Gesetze eben mit versteigert. Hierzu kommt noch bei der Freigabe fremder Zubehörstücke, daß diese ja von der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers nach dem Gesetze überhaupt nicht betroffen waren. Die Freigabe enthält also hier gar nicht einen Verzicht auf das zugunsten des Gläubigers bestehende Veräußerungsverbot, sondern lediglich die Ankündigung des Gläubigers, daß er für seine Person mit der Abänderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen zugunsten des dritten Eigentümers einverstanden sein werde. Zu dieser Abänderung ist aber eben auch die Zustimmung der anderen Interessenten nötig, und enthält ein sich lediglich auf die Erklärung des betreibenden Gläubigers gestützter Einstellungsbeschluß eine ungesetzliche Verletzung ihrer Rechte. Es ist deshalb nicht anzuerkennen, wenn die Entsch. ZBlFG. VI S. 214 ff. meint, daß die Freigabeerklärung des Gläubigers einem der Widerspruchsklage stattgebenden Urteile völlig gleichstehen müsse. Es geschieht dem betreibenden Gläubiger durchaus nicht Unrecht, wenn trotz seiner wirkungslosen Freigabeerklärung von dem dritten Eigentümer zum Schutze von dessen Sonderrechten auf Grund von § 771 ZPO. vorgegangen wird, da er den Antrag auf Grundstücksversteigerung aufrecht erhält und nur durch dessen Rücknahme die Gefahr für den dritten Eigentümer beseitigt werden könnte.

Eine andere Frage ist dabei freilich, ob der dritte Eigentümer, falls er die Freigabeerklärung nicht dazu benutzt, durch Wegschaffen seiner Sachen aus dem Besitz des Schuldners die Einstellung unnötig zu machen, nicht nach § 93 ZPO. kostenpflichtig wird.

Der hier dargelegten Rechtsauffassung nähert sich die Entsch. ZBlFG. VI S. 214 ff. insofern, als sie erklärt, daß „der Antrag auf Einstellung auf Grund der Freigabe erst bei der Versteigerung zur Bedeutung gelangt", und dem Versteigerungsgericht anheim gibt, „auf den Antrag bei der Feststellung der Versteigerungsbedingungen Entschließung zu fassen." In anderer Beziehung nähert sich ihr auch wieder Mangler, Sächs. Archiv 1904 S. 151 ff., da er verlangt, daß die Freigabeerklärungen von sämtlichen Interessenten abgegeben werden. Werden diese aber bis zum Versteigerungstermine aufrecht erhalten, so hat man eben die Unterlage für Abänderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen, wie sie § 59 ZwVG. fordert.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß eine Freigabe durch den Gläubiger dann überhaupt nicht in Frage kommen kann, wenn das der Zwangsversteigerung entgegenstehende Recht nicht im **Eigentume** eines Dritten, sondern in anderen Rechten, z. B. einem Pfandrechte, besteht, — zu vgl. ZBlFG. V S. 717 ff., auch IV S. 304 —. Dann kann das einfache Mittel des Wegschaffens überhaupt nicht wirken, sondern bleibt neben der Einstellung nach § 771 ZPO. nur die Abänderung der Versteigerungsbedingungen nach § 59 ZwVG. Die in der Entsch. ZBlFG. V S. 717 ff. behauptete Schutzmöglichkeit durch § 65 ZwVG. möchte ich nach meiner ZBlFG. IV S. 291 ff. dargelegten Auffassung dieser Gesetzesbestimmung bestreiten.

VI.

Auch hier muß ich zunächst auf ZBlFG. IV S. 289 ff., insbesondere S. 290 a. E., 296, 302 hinweisen. Dort habe ich meine Auffassung dahin dargelegt, daß durch die Versteigerung der Ersteher, durch die Anordnung der besonderen Versteigerung aber der beim Meistgebot auf das Grundstück zunächst ausfallende Realberechtigte weitgehende Schutzrechte erlangen, in deren Folge auch solche Gegenstände, die Dritte für sich verlangen, nicht schon durch die Einstellung des Verfahrens, sondern erst mit der gerichtlichen Anerkennung der Rechte des Dritten ihnen wieder entzogen werden können.

Der durch von der Pfordten a. a. O. S. 117 ff. aufgestellten Ansicht, daß nach der Versteigerung des Grundstückes Einstellung des Verfahrens wegen einzelner Zubehörstücke Versagen des Zuschlags wegen des ganzen Grundstückes zur Folge haben müsse, kann ich deshalb nicht beitreten — vgl. auch ZBlFG. IV S. 302 —. Ich kann auch § 56 ZwVG. nicht so eng auffassen, daß damit nicht auch die Entwährung von Zubehörstücken durch einen dritten Eigentümer gemeint sein solle. Die Grundstücksversteigerung ist ein Zwangsverkauf durch den Richter, und soll § 56 ZwVG. m. E. die deshalb nach §§ 433 ff. BGB. zu erwartenden Haftungen allenthalben ausschließen. Auch aus der Begründung zu § 55 Abs. 2 ZwVG. — zu vgl. ZBlFG. IV S. 290 — kann nichts gegen diese weitere Auffassung geschlossen werden. Denn wenn auch hiernach die Beteiligten den Umfang des Versteigerungsobjektes genau erkennen sollen, so müssen sie eben doch, da § 37 Ziff. 5 ZwVG. eine Einstellung des Verfahrens bis zum Zuschlage zuläßt, bis zum Zuschlage noch mit der Möglichkeit einer Gefährdung der bei der Versteigerung erlangten Rechte kraft Gesetzes rechnen. Ich kann endlich auch, wie bereits dargelegt, nicht anerkennen, daß § 33 ZwVG. sich auch auf die Einstellung wegen

einzelner Zubehörstücke mitbezieht und kann schon deshalb die Entsch. des OLG. Kiel, ROLG. VI S. 430 ff., nicht für richtig halten.

Antragsgegner bei Widerspruch nach §771 ZPO. ist auch zwischen der Versteigerung und dem Zuschlag der betreibende Gläubiger, da es sich auch dann noch um die auf seinen Antrag herbeigeführte Zwangsvollstreckung in das Grundstück handelt. Die Rechte des Erstehers und des auf Grund von § 65 ZwVG. Berechtigten werden durch ihre Beteiligung am Rechtsstreit nach §§ 64 ff. ZPO. genügend geschützt werden können. —

Die Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers wird wegen der von den anderen Beteiligten erlangten Schutzrechte nach der Versteigerung den dritten Eigentümer nicht einmal mehr dazu berechtigen können, Herausgabe der ihm gehörigen Gegenstände zu verlangen.

Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren.

Ein Beitrag zur Lehre vom „Augenschein" und von der „Durchsuchung".

Von **Joseph Kreß**, I. Staatsanwalt in Regensburg.

(Fortsetzung.)

III. Schranken der Duldungspflicht.

A. Die körperliche Besichtigung in der Form und durch das Mittel der Durchsuchung.

Unsere StPO. spricht von der „Durchsuchung der Person". Diese kann in doppelter Weise stattfinden:

a) Es kann nach einem im oder am Körper befindlichen Gegenstande — Geldstücke im Munde, Feile im Haare usf. —, oder

b) es kann nach einer gewissen physischen Beschaffenheit des Körpers — Wunde am Körper usf. — gesucht werden. Nur mit letzterer Art haben wir es hier gemäß den unserer Aufgabe gesteckten Grenzen — oben: „Begriff" — zu tun. Ueberhaupt keine Durchsuchung der „Person" ist die Durchsuchung der Sachen, die der Mensch (wie z. B. die Kleider) am Leibe trägt (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 16 S. 218).

Die erste Frage, die zu lösen, ist nun folgende:

a. In welchem Verhältnisse steht der „Augenschein" des § 86 StPO. zur „Durchsuchung" der §§ 102, 103 StPO.?

Die Frage wird von den Schriftstellern verschieden beantwortet: Geyer, Lehrbuch S. 484, 563; v. Holtzendorff, Handbuch S. 324 f.; Voitus, Kontroversen S. 276; Koppmann, Komm. S. 378, 400, 401; Rosenmeyer[1]), Gerichtssaal Bd. 63 S. 43 ff.; Binding, Grundriß S. 137 wollen „Augenschein" und „Durchsuchung" strenge geschieden wissen. Ersterer sei „Beweisakt", „Beweisaufnahme", letztere dagegen eine „Sicherungsmaßregel", „ein Mittel zur Auffindung von Beweisobjekten, zur Ermöglichung einer Beweisaufnahme"; „die Durchsuchung liege ebenso außerhalb wie der Augenschein innerhalb des Beweises". In folgerichtiger Anwendung dieser Unterscheidung auf die Fälle körperlicher Besichtigung zum Zwecke der Feststellung beispielsweise einer Körperverletzung oder eines in die geschlechtliche Sphäre fallenden Tatbestandes erklären diese Schriftsteller, daß eine solche Besichtigung nicht unter den Begriff der „Durchsuchung" falle, sondern „Augenscheinseinnahme" sei, daß anderseits die bei einer Durchsuchung gemachten Wahrnehmungen als solche nicht die Bedeutung des „Augenscheins" hätten. Noch mehr engt v. Kries, Lehrbuch S. 409 f. den Begriff „Durchsuchung" ein; nach ihm ist „Durchsuchung" lediglich das Mittel zur Auffindung solcher Sachen, die der Beschlagnahme unterliegen[1]).

Die große Mehrzahl der Autoren vertritt entgegen obiger Anschauung den Standpunkt, daß bei aller Verschiedenheit in der Theorie Augenschein und Durchsuchung in der praktischen Durchführung häufig — insbesondere bei der körperlichen Besichtigung — zusammenfallen, sozusagen auf eins hinauslaufen. In dieser Weise haben schon Brauer, Jagemann und Planck das Verhältnis aufgefaßt.

Brauer im Arch. des Krim.-Rechts n. F. 1846 S. 583 ff. faßt beide Beweisbehelfe unter dem Gattungsbegriff „Gerichtliche Nachforschung" zusammen und hebt hervor, daß Augenschein und Hausuntersuchung nach Gegenstand und Umfang, Zweck, Wirkung und Voraussetzungen nicht verschieden seien und sich praktisch oft in demselben Akt vereinigten, sodaß man die vorgenommene Untersuchungshandlung ebensowohl Augenschein als Hausuntersuchung oder richtiger, weil auch Personen Gegenstand der Suchung sein könnten, „Durchsuchung" nennen oder ihr den Namen beider beilegen könne.

Nach Jagemann — im Kriminallexikon S. 415 — ist auch die Erhebung von Merkmalen des Verbrechens Zweck der Haussuchung, fällt aber hier mit dem Augenschein zusammen.

Planck, Systemat. Darstellung S. 224 f. führt aus, daß nach den Bestimmungen des re-

[1]) Dieser Schriftsteller vertritt die Anschauung, daß „Durchsuchung der Person" nur das Suchen am Körper nach dort befindlichen trennbaren Beweisobjekten, nicht dagegen eine Untersuchung der Substanz des Körpers umfasse. Diese Ansicht steht mit dem Gesetze nicht in Einklang, vgl. Wortlaut des § 102.

[1]) Diese Auffassung scheitert, wie Beling mit Recht bemerkt, schon daran, daß das, was nach §§ 102, 103 gesucht wird, nicht bloß ein beschlagnahmbarer Sachgegenstand, sondern auch die — selbstverständlich nicht beschlagnahmbare — Spur am lebenden menschlichen Körper sein kann.

formierten Prozesses unter Umständen jedermann verpflichtet sei, die Besichtigung seiner ganzen Habe und seiner Person zu dulden. Diese Besichtigung pflege den Kunstnamen der Haussuchung, Durchsuchung zu führen, sei aber in dieser Anwendung theoretisch von dem Augenschein eigentlich nicht verschieden.

Von den Bearbeitern des Reichsstrafprozeßrechts lassen v. Bomhard-Koller a. a. O. S. 60; Puchelt a. a. O. S. 222; Glaser, Handbuch I S. 712; John I S. 718 ff.; Stenglein, Lehrbuch S. 222; Beling in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 472 ff.; Löwe a. a. O. S. 376, 511 in Uebereinstimmung mit dem bekannten Urteile des RG. vom 11. Juni 1886 — Entsch. Bd. 14 S. 189 ff. — Durchsuchung und Augenschein in jenen Fällen, in denen es sich um Erhebung der Merkmale einer Straftat handelt, geradezu zusammenfallen, oder letzteren durch erstere ermöglicht werden[1]).

Puchelt, Löwe und Beling bezeichnen die körperliche Untersuchung (Besichtigung) direkt als eine Art „Durchsuchung der Person". Auch Rupp a. a. O. S. 265 f.; Spitznagel a. a. O. S. 43; Friedrichs a. a. O. S. 390 ff.; Haberstumpf, Justizdienstliche Rundschau Bd. 3 S. 243; Müller in der BayZfR., 1. Jahrg. S. 449 stehen auf diesem Standpunkt[2]).

Löwe präzisiert das Verhältnis zwischen Augenschein und Durchsuchung im Anschlusse an das Erkenntnis des RG. vom 14. August 1893 — Entsch. Bd. 24 S. 233 — in dem Satze: „Die richterliche Durchsuchung kann zugleich die Bedeutung einer Augenscheinseinnahme haben: wird ein für die Untersuchung wichtiger Gegenstand gefunden, so wird die Tatsache, daß derselbe sich an dem betreffenden Orte befunden hat, durch den Augenschein festgestellt."

Alle diese Schriftsteller stimmen darin überein, daß in diesen Fällen einer Kombination von Beweisakt und Beweissicherung die Voraussetzungen sowohl des Augenscheins als auch der Durchsuchung gegeben sein müßten, daß also dann letztere ersteren einschränke.

Koppmann a. a. O. S. 378 f. vertritt die gleiche Anschauung für den Militärstrafprozeß, dessen Bestimmungen in diesem Punkte keine Abweichung von jenen des Zivilstrafverfahrens aufweisen.

Bereits in der Ueberschrift ist zum Ausdruck gebracht, daß auch wir diese Ansicht teilen. Sie ist in der Tat unabweisbar, dazu auch im Gesetze wohl begründet.

Es lassen sich Durchsuchung und Augenschein in vielen Fällen — besonders häufig, wenn es sich um körperliche Besichtigung handelt, einfach nicht trennen[1]), wenngleich anzuerkennen ist, wie schon in der Stellung der §§ 102 und 103 einerseits, des § 86 anderseits im System der StPO. zum Ausdruck kommt, die Durchsuchung die Aufgabe verfolgt, „Beweisstücke", „Beweismittel", „Spuren einer strafbaren Handlung", „bestimmte Gegenstände" zu erlangen, während der Augenschein in der Ausnützung solcher Beweisstücke für die Zwecke des Strafverfahrens besteht. Wenn z. B. der Amtsrichter requiriert wird, eine Wunde, die angeblich A. am Körper trägt, zu besichtigen, so muß er ihn zu diesem Zweck durchsuchen und wenn das Ersuchen dahin lautet, den Körper des A. nach allenfallsigen Verletzungen zu durchsuchen, so muß der Amtsrichter den Körper zu diesem Zweck besichtigen. Es liegen eben, wie auch Zachariä, Handbuch II S. 167, der im übrigen für getrennte Behandlung der beiden Rechtsbehelfe eintritt, zugeben muß, Durchsuchung und Augenschein „oft sehr nahe bei einander, der eine kann in den anderen übergehen".

Unserer Auffassung steht die Begründung des Entwurfs — Hahn, Materialien Bd. III S. 216 — nicht entgegen, dagegen der Wortlaut der §§ 102 und 103 zur Seite. Ein Hauptfall der Durchsuchung „behufs der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung"[2]) ist gerade die Besichtigung, Untersuchung der Substanz des menschlichen Körpers[3]) — allerdings nur unter einer Voraussetzung, daß § 103 auch die Durchsuchung der Person umfaßt. Dies führt uns zur zweiten Frage:

b. Umfaßt § 103 StPO. auch die Durchsuchung der Person?

Die Frage wird bejaht von: Thilo a. a. O. S. 102; Puchelt a. a. O. S. 224; v. Bomhard-Koller a. a. O. S. 71; v. Schwarze a. a. O. S. 234 f.; Dalke a. a. O. S. 74; Glaser, Handbuch II S. 291; Stenglein, Lehrbuch S. 211 f., Komm. S. 237; Hellweg a. a. O. S. 191; Hermann Seuffert in v. Stengels Wörterbuch I S. 290 f.; v. Kries, Lehrb. S. 296; Birkmeyer a. a. O. S. 505; Löwe a. a. O. S. 377; Rupp a. a. O. S. 269; Kayser, Die Strafgerichtsver-

---

[1]) So auch Lunglmayr, Der juristische Vorbereitungsdienst II S. 112.

[2]) So auch neuerdings das Reichsgericht in seiner Entsch. v. 18. Sept. 1902 (oben: Anhang).

[1]) Dies ergibt auch der Sprachgebrauch. Nach Adelungs Wörterbuch bedeutet: „durchsuchen" = „nach allen Teilen untersuchen, um etwas zu finden"; „untersuchen" = „die Art und Weise eines Dinges zu erforschen suchen". „Augenschein" = „die unmittelbare Besichtigung einer Sache". Sinnliche Wahrnehmung ist also beiden Begriffen gemeinsam; der Unterschied ist: beim Augenschein ist sie Selbstzweck, bei der Durchsuchung — Mittel, Zweck zum Finden.

[2]) Daß die „Beweismittel" des § 102 einerseits, die „Spuren einer strafbaren Handlung" und die „bestimmten Gegenstände" des § 103 anderseits sich deckende Begriffe sind, ist jetzt wohl allgemein anerkannt (Rosenfeld a. a. O. S. 259; John I S. 813; Schwarze S. 235; Stenglein, Gerichtssaal Bd. 57 S. 14).

[3]) So auch Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 189 ff.

fassung S. 145; Friedrichs in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 19 S. 394 ff. und im „Recht" Jahrg. 1901 Nr. 15 S. 383.

Verneint wird die Frage von: v. Holtzendorff, Handb. I S. 324 f.; Geyer, Lehrbuch S. 563; Voitus, Kontroversen II S. 272 ff.; John a. a. O. S. 812; Ullmann a. a. O. S. 318; Beling in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 471 ff., im Lehrbuch S. 171 ff., 336 und in v. Holtzendorffs Encyklopädie II S. 372; Frank in der Zeitschrift wie vor Bd. 12 S. 333; Binding, Grundriß S. 138; Rosenfeld a. a. O. S. 245; Rosenmeyer im „Gerichtssaal" Bd. 63 S. 41 ff.; wohl auch von Rintelen, Der Strafprozeß S. 122[1]).

Die Argumente der letzteren Ansicht sind in der Hauptsache folgende:

a) Der Wortlaut des ersten Absatzes des § 103: „in den zu durchsuchenden Räumen".

b) Die Art des Eingriffs in die persönliche Freiheit, welche als eine regelwidrige Beschränkung ausdrückliche Festsetzung erfordere.

Die Unstichhaltigkeit des letzteren Einwands ist bereits dargetan worden.

Besonders gelungen ist allerdings die Fassung des § 103 Abs. I gerade nicht. Immerhin werden bei Auslegung dieser Gesetzesbestimmung folgende Punkte in Erwägung zu ziehen sein:

1. § 103 wollte den Kreis derjenigen Personen, welche durchsucht werden könnten, nicht einengen, sondern lediglich die Voraussetzungen der Durchsuchung Unverdächtiger erschweren, wie schon die Eingangsworte des § 103 klar erkennen lassen, vgl. auch Glaser, Handbuch II S. 291.

2. Bei Auslegung der §§ 102 und 103 ist auch Abs. II des § 103 heranzuziehen. Darnach ergibt sich als Inhalt der beiden Paragraphen, soweit er hier in Betracht kommt, folgender:

Es können durchsucht werden

I. Räume u. zw.

1. bei „Verdächtigen",
2. in denen der Beschuldigte ergriffen worden ist oder 2c. } wenn zu vermuten ist, daß . . . § 102 I;

3. der „Unverdächtigen" nur behufs der Verfolgung 2c. 2c. . . . § 103 I;

II. Personen u. zw.

1. „Verdächtige", wenn zu vermuten ist 2c. . . . § 102 I,

2. „Unverdächtige" — nur behufs der Verfolgung 2c. . . . § 103 I.

M. a. W.: Personen werden durchsucht, wenn sie verdächtig sind, unter leichteren, wenn sie unverdächtig sind, unter erschwerten Bedingungen; Räume werden durchsucht, wenn sie Verdächtigen gehören, unter leichteren, wenn sie Unverdächtigen gehören,

a) im allgemeinen unter erschwerten,

b) wenn dagegen in ihnen der Beschuldigte ergriffen worden ist 2c., ebenfalls unter leichteren Bedingungen.

3. Der reformierte Strafprozeß unterwarf auch den Unverdächtigen der körperlichen Durchsuchung, vgl. Planck a. a. O. S. 223 ff. Die StPO. hat in diesem Punkte nichts ändern wollen und nichts geändert — oben II D a.

4. Der Ausschluß der Unverdächtigen von der Durchsuchung würde geradezu zu anomalen Konsequenzen führen: Wer, wie Geyer und Ullmann — vgl. oben II A a b, III A b — sich für die Erzwingbarkeit des Augenscheins, also auch der körperlichen Besichtigung, erklärt, dagegen dem Unverdächtigen die Befugnis gibt, die Durchsuchung seiner Person abzulehnen, der mag zusehen, wie er sich aus diesem Dilemma in jenen Fällen herauswindet, in denen — wie dies nahezu die Regel sein wird — die körperliche Besichtigung ohne körperliche Durchsuchung einfach nicht vorgenommen werden kann. Wenn nun gar Geyer — vgl. oben III A a — Augenschein und Durchsuchung scharf sondern, beide Gebilde vollständig unabhängig von einander behandelt wissen will, so muß er in Konsequenz seiner Anschauung den Bauernburschen, der da bei einer Rauferei gestochen worden sein soll, selbst aber unverdächtig ist,

a) für verpflichtet erklären, die Besichtigung seines Körpers und seiner Wunde zu dulden, weil es sich um „Augenschein" handelt, der auch nach seiner Meinung — ohne Rücksicht auf §§ 102 und 103 — erzwingbar ist; er muß ihm aber auch

b) das Recht geben, sich dieser Besichtigung — nötigenfalls mit Gewalt zu erwehren, weil die Prozedur — unter dem Gewande des Augenscheins — in Wirklichkeit eine „Durchsuchung" ist und der Unverdächtige diese sich nicht gefallen zu lassen braucht!

Schon nach den Regeln der Logik muß sonach § 103 auch die Durchsuchung der Person mitumfassen. Dies auch der Standpunkt des Reichsgerichts in den — oben: Anhang — angeführten Urteilen[1]).

B. Editionspflicht und Zeugnispflicht — deren Einfluß auf die Duldungspflicht?

Stengleins — bereits oben II A — erwähnte Ansicht — Komm. S. 221 —, daß die Pflicht von Personen, sich der Besichtigung ihres Körpers zu unterziehen, nicht weiter reiche als die Zeugnispflicht, daß folglich alle Personen, die das Zeugnis verweigern dürften, auch die Besichtigung ihres Körpers abzulehnen berechtigt

---

[1]) Ueber die eigentümliche Auslegung, die Keller dem § 103 gibt, vgl. Beling, Zeitschr. a. a. O. S. 496 f.

[1]) Die Streitfrage hat in der Militärstrafgerichtsordnung § 235 ihre Lösung in gegenteiligem Sinne erhalten.



wären, hat keinen Anklang gefunden. Sie beruht auf der anscheinend plausiblen, in Wirklichkeit das Wesen der Zeugnispflicht einerseits, den Inhalt des Besichtigungszwangs anderseits verkennenden Anschauung, daß die Pflicht, am Körper sichtbare Spuren vorzuzeigen, auf gleicher Stufe stehe mit der Pflicht zu mündlichen Auslassungen. Diese Anschauung ist nicht neu; sie wurde de lege ferenda bereits von Brauer im Krim.-Arch. n. F. 1846 S. 605 vertreten. Dieser Schriftsteller führte aus, daß die Verpflichtung des Unverdächtigen zur Duldung des Augenscheins und der Durchsuchung aus der Pflicht zur Zeugnisablegung folge; denn der Pflicht der Behörde, Auskunft zu verlangen zum Zweck der Ermittlung und Verfolgung strafbarer Handlungen müsse der einzelne nicht bloß durch mündliche Auskunft als Zeuge sondern auch durch Darbietung seiner Person und seines Eigentums zur Besichtigung und Durchsuchung entsprechen. Daraus folge, daß der Unverdächtige, soweit er das Zeugnis verweigern könne, auch zur Duldung des Augenscheins nicht verpflichtet sei. Allein schon Planck, System. Darstellung S. 225, hatte sich gegen diese Auffassung erklärt. Die Bearbeiter des Reichsstrafprozeßrechts haben sich einhellig gegen Stenglein ausgesprochen[1]).

In der Tat hat die Pflicht, Zeugnis abzulegen, mit der Pflicht, die körperliche Besichtigung zu dulden, nichts gemein. Der Zeuge hat auszusagen und damit er nicht in die Zwangslage versetzt wird, entweder, die Wahrheit zu sagen und damit sich oder seine Angehörigen zu belasten, oder einen Meineid zu schwören, hat man ihm für diese Fälle das Entschlagungsrecht gegeben. Dieses Recht auch demjenigen, der durchsucht werden soll, einzuräumen, besteht keine Veranlassung; denn jener Gewissenskonflikt, der dem Zeugen das Entschlagungsrecht gibt, kann den zu Untersuchenden nicht im geringsten beunruhigen; er hat bei der Untersuchung nur stillzuhalten; mehr als ein pati wird von ihm nicht verlangt. Dies ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts in den Entscheidungen vom 8. Juli 1889 — Samml. Bd. 19 S. 364 — und vom 27. November 1894 in Goltdammers Archiv Bd. 42 S. 400. Einen treffenden Gesichtspunkt hebt Schwarze in seinem Komm. S. 226 hervor: „Die Zeugnisablegung ist ein freiwilliger Akt; der Zeuge kann Zeugnis ablegen oder es verweigern; er ist daher auch die verlangte Edition einer Sache zu verweigern befugt; dagegen ist die Durchsuchung und die Beschlagnahme ein obrigkeitlicher Akt, zu dessen Realisierung er nicht beizutragen verpflichtet, die er aber auch nicht durch Widerstand vereiteln darf.“ Mit Recht macht Glaser, Handb. I S. 487 ff. auch darauf aufmerksam, daß mit den zur Erzwingung der Zeugnispflicht vom Gesetze eingeräumten Mitteln die Durchsuchung des Körpers nicht erzwungen werden könne — ein weiterer Beweis für die verschiedene rechtliche Basis beider Erkenntnisquellen[1]).

Stenglein hat übrigens später seine Auffassung geändert; denn im „Gerichtssaal“ Bd. 57 Jahrg. 1900 S. 16 f. erkennt er an, daß die körperliche Untersuchung mit der Zeugnispflicht nichts zu tun habe.

Sonach übt die Zeugnispflicht irgend einen einschränkenden Einfluß auf die Pflicht, die Besichtigung und Durchsuchung des Körpers zu dulden, nicht aus. Das gleiche gilt von der Editionspflicht; denn zu den „Gegenständen“, welche die §§ 94, 95 StPO. im Auge haben, gehören „Personen“ überhaupt nicht. „Gegenstände“ sind gleich „Sachgegenstände“, Personen können deshalb in Ansehung ihres Körpers nicht editionspflichtig sein, vgl. auch: Beling in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 489; Puchelt a. a. O. S. 200 f.; Koppmann a. a. O. S. 401.

C. Intensität der körperlichen Besichtigung und Durchsuchung.

Die Worte des Gesetzes: „Augenschein“ und „Durchsuchung“ geben darüber, wieweit man bei diesen Prozeduren gehen darf, keinen Aufschluß[2]).

„Augenschein einnehmen“ = „mit Aufmerksamkeit besehen“, „Durchsuchen“ = „alle Teile untersuchen, um etwas zu finden“, diese Begriffe umfassen — rein sprachlich genommen — Tätigkeiten sehr verschiedenen Inhalts. Um die Beschaffenheit der Substanz des lebenden menschlichen Körpers zu erkunden, stehen die verschiedensten Mittel zu Gebote. Liegt das zu Ermittelnde offen zutage — Statur, Gesichtsfarbe, Leibesumfang, Höcker, fehlendes Fingerglied, Einäugigkeit usw. —, so genügt zur Feststellung dieser Eigenschaft ein einfaches Sehen, Besichtigen, vielleicht noch verbunden mit Befühlen und Betasten. Häufig wird sich aber diese Feststellung ohne eine Hilfshandlung nicht betätigen lassen. Es wird, um eine bestimmte Wahrnehmung zu erzielen, nötig sein, die Kleider zurückzustreifen, den zu besichtigenden Körperteil

[1]) Zweifelhaft: Isenbart-Samter, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich 1892. Die Bemerkungen S. 118 Anm. 16 und S. 141 Anm. 43 widersprechen sich, vgl. hierüber auch Dalke: Goltdammers Archiv Bd. 40 S. 388.

[1]) Zum gleichen Ergebnisse kommt, wer mit Beling, Beweisverbote S. 13 ff. als Grund des Entschlagungsrechts ansieht: den „Respekt vor der Persönlichkeit“, der die Demütigung einer Selbstdenunziation oder der Denunziation eines Angehörigen nicht zugemutet werden soll.

[2]) Selbstverständlich scheiden hier alle Untersuchungsmaßnahmen aus, die etwa auf Grund des bestehenden Verwaltungs-Polizei-Rechts getroffen werden können. Diese hatte die Entsch. des Reichsgerichts Bd. 32 S. 201 im Auge. Wir haben es nur mit dem Augenschein und der Durchsuchung des Reichsstrafprozeßrechts zu tun.

bloßzulegen; der Arzt wird den Augen-, Ohren-, Kehlkopfspiegel benützen; man wird den zu Besichtigenden photographieren, durchleuchten, nach Bertillon messen, ihm bestimmte Kleider anlegen, Fingerabdrücke von ihm nehmen, seine Stimme phonographisch fixieren, ihn rasieren, scheren müssen. Es könnte nötig sein, um etwa das corpus delicti zutage zu fördern, dem Dieb, der die gestohlenen Brillanten verschluckt hat, ein Vomitiv oder Purgativ einzugeben, seinen Magen auszupumpen, dem angeschossenen Wilderer die Kugel mittels Operation aus dem Leibe nehmen, die angeblich unter Mißbrauch der Hypnose in ihrer geschlechtlichen Ehre verletzte Frauensperson hypnotisieren zu lassen, dem vermeintlich durch Gift in seiner Gesundheit Geschädigten eine Probe des „Gifts", um dessen Wirkungen zu demonstrieren, einzugeben.

Alle diese Prozeduren sind begrifflich: Besichtigungen, Untersuchungen, Durchsuchungen und können selbstverständlich mit Einverständnis des Betroffenen stets vorgenommen werden. Für uns aber handelt es sich um die Frage: Sind alle diese Erforschungsakte auch rechtlich Akte der Besichtigung und Durchsuchung im Sinne der §§ 102, 103 StPO., sodaß sie im Weigerungsfalle erzwungen werden können?

Die herrschende Meinung beantwortet diese Frage dahin, daß alle Untersuchungsakte, welche einen Eingriff in die Substanz, in die Integrität des menschlichen Körpers enthielten, verboten seien. Wie bei einem Sachgegenstande Besichtigung, Untersuchung, Durchsuchung stets nur salva rei substantia erfolgen dürfe[1]), so müsse auch bei Menschen jede, sei es auch nur vorübergehende Beeinträchtigung der Körperintegrität verpönt sein.

Glaser in v. Holtzendorffs Rechtslexikon S. 1403 f. erklärt den Zeugen für nicht verpflichtet, sich zu Tätigkeiten oder Experimenten herzugeben, welche der Entdeckung der Wahrheit förderlich sein möchten, aber mit dem Zeugnis nichts zu tun hätten. Der Zeuge habe nur zu reden, nicht zu handeln; eine Ausnahme liege lediglich in der Pflicht, der Konfrontation sich zu unterziehen. Untersuchungshandlungen ungewöhnlicher Art, solche, welche die Gesundheit gefährden könnten, z. B. Versetzung in magnetischen Schlaf, Hypnotismus, oder dem persönlichen Gefühle widerstrebten, z. B. Verkleidungen, Verstellen der Stimme usw. könnten gegen den Willen des Betroffenen nicht vorgenommen werden. Benecke-Beling a. a. O. S. 336 f. dehnt die Pflicht, die Besichtigung des Körpers zu dulden, aus auf das Dulden der die Beaugenscheinigung ermöglichenden Hilfshandlungen z. B. Zurückstreifen der Kleider, Bertillonage, Durchleuchten mit X-Strahlen, Aufnahme einer Photographie. Nur werde angesichts der verfassungsmäßig verbrieften persönlichen Freiheit nicht angenommen werden können, daß der Beschuldigte[1]) sich auch solchen auf die Ermöglichung des Augenscheins gerichteten Manipulationen unterwerfen müßte, die seine Körperintegrität beeinträchtigen, Eingeben von Brechmitteln, operativen Eingriffen u. dgl.

Beling in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 494 f. kommt bei Behandlung der Frage nach den Grenzen der Duldungspflicht (§ 102)[2]) zu dem Schlusse, daß aus § 102 nicht die grenzenlose Statthaftigkeit eines beliebigen Durchsuchungsmittels abgeleitet werden, daß vielmehr nur das bloße, einfache Durchsuchen Billigung finden könne. Ein qualifiziertes Suchen, welches zu Mitteln greift, die tief in die persönliche Freiheit einschneiden, ist nach Beling durch § 102 nicht gegeben, dies müsse auch für die körperliche Untersuchung als einer Spezies der „Durchsuchung der Person" gelten.

In seiner Abhandlung „Beweisverbote rc." S. 23 ff. betont Beling zunächst, daß die Strafjustizbehörde an Sachgegenständen Augenscheinseinnahme immer nur salva rei substantia bewirken könne; es wäre denn, daß der Eigentümer gegen weitergehende Eingriffe keinen Einspruch erhebe. (Einen anderen Weg gebe es nach § 2 des Nahrungsmittelgesetzes.) Der Beschuldigte müsse zwar dulden, daß die Wunden und Narben an seinem Körper eingehend besichtigt, daß die Tätowierung, die er am Körper trage, mit Vergrößerungsglas betrachtet, daß eine anthropometrische Messung an ihm vorgenommen, eine Photographie von ihm aufgenommen, der Schall seiner Stimme phonographisch festgehalten, ein Geschoß, das er in sich habe, mit Hilfe der Röntgenstrahlen festgestellt werde usw.

Allein bis zur Negierung der Persönlichkeit werde auch diese Pflicht zur Duldung nicht ausgedehnt werden dürfen. Leider lasse das Gesetz bei der Beantwortung dieser schwierigen Frage im Stiche. Es unterliege aber doch sicher gegründetem Zweifel, ob es wirklich erlaubt sei, den Beschuldigten gegen seinen Willen z. B. kahl zu scheren, ihm den Bart abzunehmen und dgl. Handle es sich gar um Eingriffe in die Leibesintegrität, wie Ansetzung der Magenpumpe, Beibringung eines Vomitivs oder um einen operativen Schnitt, so müsse sich der Zweifel zur Gewißheit steigern, daß solche Verletzungen der Persönlichkeit ohne Zustimmung des Betroffenen denn doch nicht zulässig sein könnten. Auch wenn derartige Eingriffe keine dauernde Schädigung im Gefolge hätten, sie blieben immer eine Antastung der Persönlichkeit und wenn die modernen Rechte es sich angelegen sein ließen, der Persönlichkeit

[1]) So auch SeuffArch. Bd. 12 Nr. 213.

[1]) Beling läßt bekanntlich den Nichtverdächtigen der Durchsuchung nach § 103 nicht unterworfen sein — oben III A b.



ihre Sphäre zu garantieren, so werde dieses Grundprinzip sicher auch im Strafprozeß durchgreifen müssen, solange nicht das Gesetz seinen entgegengesetzten Willen deutlich erkläre.

Hier spielt wieder das „verfassungsmäßig garantierte Persönlichkeitsrecht“ herein, mit dem nach unserer Auffassung für die hier zu erörternden Fragen allerdings nichts anzufangen ist.

Müller in der BayZfR. I S. 449 ff. läßt bei Sachgegenständen Eingriffe in die Substanz zu; dagegen könne mehr als die Durchsuchung und Besichtigung des Körpers in seiner dermaligen Gestalt nicht gestattet sein. Eingriffe in die Integrität des menschlichen Körpers seien gleichbedeutend mit seiner Veränderung und daher nicht zulässig. Deshalb sei es nicht erlaubt, einem Beschuldigten, um seine Wiedererkennung zu ermöglichen, den Bart abzunehmen[1]), ihm das Haupthaar zu rasieren, die Augenbrauen abzuschneiden und dgl. Wohl aber sei es gestattet, dem Beschuldigten das Rasieren des Bartes, das Schneiden des Kopfhaares usw. nicht zu erlauben, ihm ein herausgenommenes Gebiß oder Glasauge wieder einzusetzen, die Haare zu färben, ihm andere Kleider anzuziehen usw., wohl auch seinen Körper mit Röntgenstrahlen zu durchleuchten; denn diese Maßnahmen berührten die Integrität des Körpers nicht.

Am weitesten geht Rosenfeld a. a. O. S. 258. Er läßt den Leib jeder ohne erhebliche, insbesondere dauernde Schädigung möglichen Durchsuchung unterworfen sein; er hält Brechmittel, Magenpumpe, Rasieren usw. für gestattet, aber auch z. B. eine Operation, um festzustellen, ob ein verschiebliches Körperchen im Fleische des Unterarms ein Schrotkorn sei[2]).

Bei Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Untersuchungshandlung sich als zulässig oder unzulässig darstellt, dürften folgende Gesichtspunkte Maß zu geben haben:

1. Unbedingt verboten ist jeder Eingriff in die Substanz, Integrität des Körpers, welcher dauernde Spuren hinterläßt. Unter solchen Spuren sind auch jene zu verstehen, welche nicht in jedem Falle binnen im voraus bekannter Frist nach gewissen Naturgesetzen, ohne irgend ein Merkmal, einen Eindruck zurückzulassen, verschwinden.

2. In jedem Falle untersagt sind Einwirkungen, welche dem Betroffenen Schmerz oder überhaupt nur körperliches Mißbehagen verursachen.

3. Unzulässig sind alle Prozeduren, welche dem Betroffenen ein Verhalten zumuten, zu dem er nach den Grundprinzipien unserer StPO. nicht verpflichtet ist. Ein solcher Grundsatz lautet: daß der Beschuldigte nicht gehalten ist, irgendeine aktive, seine Ueberführung fördernde Tätigkeit zu entwickeln. Der Beschuldigte braucht sich an seiner Ueberführung nicht aktiv zu beteiligen. Er kann z. B. nicht gezwungen werden, Beweisstücke zu seiner eigenen Ueberführung zu erzeugen, z. B. eine Schriftprobe zu entwerfen, oder Ueberführungsgegenstände herauszugeben (§ 95 StPO.). Die Pflicht des Zeugen erschöpft sich in dem Erscheinen vor Gericht, in der Eidesleistung, Aussage, dem Verbleiben am Orte der Vernehmung bis zur Entlassung, der Gestattung der Konfrontation. Eine weitere aktive Tätigkeit kann ihm nicht überbürdet, er kann z. B. nicht gezwungen werden, sich von irgendwelchen Tatsachen Kenntnis zu verschaffen, um dann hierüber deponieren zu können[1]). Auf die Spitze darf freilich das Prinzip nicht getrieben werden. Innerhalb gewisser vernünftiger Grenzen muß von dem Zeugen sowohl wie von dem Beschuldigten eine aktive Beteiligung an Handlungen, die an ihm vorgenommen werden und als solche erlaubt sind, verlangt werden, z. B. daß er sich, wenn er photographiert werden soll, in Positur stellt, seinem Körper oder einzelnen Körperteilen eine gewisse, die an ihm vorzunehmende statthafte Prozedur ermöglichende oder erleichternde Haltung gibt usf.

4. Nicht zu gestatten ist eine — wenngleich nur vorübergehende — Aufhebung des Bewußtseins, der Willensfreiheit eines Menschen, mag nun das Experiment dazu dienen, durch den in Willenlosigkeit Versetzten gewisse Handlungen unter dem Banne der Zwangsvorstellung (Suggestion) vornehmen zu lassen, oder mag es auch nur eine Probe darauf sein, ob jemand überhaupt derartigen Willensbeeinflussungen unterliege.

5. Handlungen, welche

a) überhaupt nicht in die Integrität, Substanz des Körpers eingreifen, oder doch nur

b) nach den Regeln eines Naturgesetzes in jedem Falle binnen bestimmter vorausbekannter Frist eindruckslos verschwindende Spuren zurücklassen,

c) dem Betroffenen keinerlei Schmerz und Mißbehagen verursachen,

d) ihm kein gesetzwidriges Verhalten imputieren,

e) seine Persönlichkeit auch nicht vorübergehend aufheben, sind gestattet.

In Anwendung dieser Grundsätze auf praktische Fälle ergibt sich folgendes:

Zu 1. Hier würde nicht mehr der Körper, so wie er beschaffen ist, untersucht, sondern ein zu diesem Zwecke erst sozusagen „zurechtge-

[1]) Hierin gleicher Ansicht v. Kries, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 6 S. 147.

[2]) Heldmann in der Zeitschr. f. deutsch. Civilprozeß Bd. 26 S. 435 gibt der Partei im Zivilprozeß das Recht, die Anstellung von medizinischen Versuchen an ihrem Körper abzulehnen.

[1]) vgl. Heinze im „Gerichtssaal“ Bd. 14 S. 452; Ullmann, Lehrbuch S. 358.



machter" Leib besichtigt werden. Deshalb ist jede — auch die einfachste — Operation, der kleinste Schnitt ɔc. untersagt;[1]) denn nur ersteres braucht nach dem Gesetze geduldet zu werden.

Zu 2. Erregung von Schmerz und Mißbehagen affiziert die Substanz des Menschen pathologisch; dies geht ebenfalls über die allein zulässige Untersuchung des Menschen, so wie er ist, hinaus. Vomitiv, Purgativ, Magenpumpe, Eingeben gewisser Stoffe, Medikamente scheiden demnach aus der Zahl der zulässigen Untersuchungshandlungen aus.

Zu 3. Hiernach kann z. B. niemand gezwungen werden, seine Stimme zu verstellen, gewisse Laute auszustoßen, sich zu verkleiden, durch Oeffnungen hindurchzukriechen, Hindernisse, Mauern ɔc. zu übersteigen, eine bestimmte Gangart anzuschlagen usf. Niemand kann überhaupt zu einem Akt der Tätigkeit, der sich als einheitlich und selbständig, als ein „Akt für sich" darstellen würde, genötigt werden. Dagegen muß sich jeder gewissen Hilfshandlungen unterziehen, die an sich keine selbständige Bedeutung haben, sondern korrespondierende, notwendige, unselbständige Glieder einer bestimmten als solche zulässigen Haupthandlung sind. Man muß z. B. die Kleider zurückstreifen, um den zu besichtigenden Körperteil bloßzulegen, die zur Abnahme einer Photographie, Bertillonage, Daktyloskopie, Durchleuchtung erforderliche Haltung mit dem Körper oder mit Körperteilen einnehmen usw.

Zu 4. Der lebende Mensch ist in der Verfassung, in der er sich körperlich und geistig befindet, zu untersuchen, insbesondere auch in seiner gegenwärtigen Willensbeschaffenheit. Wird diese Beschaffenheit zum Zwecke der Untersuchung aufgehoben, so ist es eben nicht der gegenwärtige Mensch, sondern ein anderer Mensch, der untersucht wird. Den mit Willen und Bewußtsein ausgestatteten Menschen untersuche ich in diesem Zustande — dies allein ist zulässig — nicht dadurch, daß ich ihm Willen und Bewußtsein nehme, also seine Persönlichkeit aufhebe. Ausgeschlossen ist deshalb: Magnetismus, Hypnose, Suggestion.

Zu 5. Erlaubt ist hiernach die Anwendung des Mikroskops, Augen-, Ohren-, Kehlkopfspiegels, Einsetzen des herausgenommenen Gebisses und Glasauges. Aber auch das Abnehmen des Kopfhaares und des Bartes ist zulässig; denn hierin liegt ein Eingriff in die — richtig verstandene — Integrität und Substanz des Körpers überhaupt nicht, wenngleich dies vielfach angenommen wird. Der Mensch läßt sich Haar und Bart abnehmen — aus Gründen der Gesundheit, Reinlichkeit, Körperpflege; die Substanz des Körpers hat damit nichts zu schaffen.

Im strengen physiologischen Sinne mag ja auch in der Abnahme des Bartes und des Kopfhaares eine Beeinträchtigung der Substanz zu erblicken sein. Mit diesem Begriff hat aber der Gesetzgeber zweifellos nicht gerechnet. Verboten soll nur jener substantielle Eingriff sein, der nicht, wie Rasieren, Haarscheren usf. regelmäßig aus Anlaß der Körperpflege vorgenommen wird, sondern jener, der den Körper in seiner ganzen gewöhnlichen Gestaltung affiziert, ihm — wenngleich nur vorübergehend — einen Zustand, eine Beschaffenheit gibt, von der man sagen kann, daß sie von der früheren Beschaffenheit individuell verschieden ist. Der Mensch mit der Operationsnarbe am Körper, mit dem nach bestimmten Gesetzen wirkenden Brech- oder Abführmittel im Leibe ist in seiner Substanz nicht mehr das frühere individuelle Wesen. Von dem Menschen, der sich hat rasieren und die Haare schneiden lassen, wird man — abgesehen von der streng-technisch-wissenschaftlichen Auffassung, die hier als vom Gesetze perhorresziert nicht in Betracht kommt — sicher nicht sagen können, er sei nun ein anderes Individuum wie vorher.

Unter allen Umständen würden die fraglichen Manipulationen der Kategorie 5 b unterfallen und dann von diesem Gesichtspunkt aus gestattet sein. Das Ausgeführte hat auch vollinhaltlich von der Anordnung zu gelten, wonach einem Individuum das Abnehmenlassen des Kopf- und Barthaares verboten wird. Auch dadurch wird die Individualität des Menschen nicht beeinflußt. (Schluß folgt.)

[1]) Auch das Färben der Haare wird unter diese Kategorie fallen, desgl. das Abschneiden der Augenbrauen. Auch Rosenmeyer a. a. O. S. 50 verbietet jeden operativen Eingriff.

Mitteilungen aus der Praxis.

Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf. Die Frage, ob der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer einen wesentlichen Fehler, der nicht Hauptmangel ist, anzugeben, ist nicht unbestritten. Nach Stölzle, der diese Frage in seinem „Viehkauf" 3. Aufl. S. 37 u. JW. XXX S. 737 am eingehendsten behandelt, besteht eine solche Rechtspflicht des Verkäufers nicht, sein Verschweigen sei deshalb kein arglistiges; daher könne auch der Verkäufer in diesem Falle von dem Käufer nach den speziellen Bestimmungen der §§ 481 ff. BGB. nicht belangt werden und (vgl. S. 39) könne auch nicht etwa wegen des Verschweigens anderer, wenn auch noch so wesentlicher Mängel, Wandelung verlangt werden. Zuzugeben ist, daß in diesem Falle die Wandelung nach § 481 ff. nicht begehrt werden kann. Bestritten muß werden, daß Verschweigen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen erheblichen Fehlers kein arglistiges Verschweigen ist. Dies ist keinesfalls in solcher Allgemeinheit richtig. Ein derartiges Verschweigen muß zwar nicht immer arglistig sein, in der Regel aber wird Arglist vorliegen. Stölzle bezieht sich auf Mot. II S. 263. Die Motive sagen aller-

dings: „Der Veräußerer kann wegen eines nicht unter die Bestimmung des § 400 (= § 482) fallenden Mangels aus dem Grunde allein, weil er den betreffenden Mangel gekannt und verschwiegen habe, nicht in Anspruch genommen werden." Gewiß. Damit ist aber die Haftung nicht für den Fall ausgeschlossen, daß der Verkäufer den Mangel gekannt und verschwiegen hat mit der Absicht, den Käufer zu täuschen. Mit Meisner, Viehgewährschaft S. 87, wird in der Regel bei bewußtem Verschweigen auch Arglist anzunehmen sein. Denn der Verkäufer wird sich in der Regel bewußt sein, daß der Käufer bei Kenntnis des ihm unbekannten wesentlichen Nichthauptmangels einen geringeren Kaufpreis bieten würde, daß ihm, dem Verkäufer, durch die Verschweigung also ein günstigerer Preis zuteil wird. Es liegt also eine wissentliche Verletzung der bona fides des Verkehrs vor (Kuhlenbeck, Handausg. Anm. 2 zu § 123 BGB.). Die Konsequenz der gegenteiligen Auffassung wäre dann die, daß der Verkäufer auch für den Schaden nicht haften würde, der dem Käufer aus der Unkenntnis des vorhandenen Nichthauptmangels nach der Uebergabe entsteht; z. B. wenn das verkaufte Pferd ein Schläger oder Durchgänger ist. Ich bin daher der Meinung, daß in solchen Fällen der Kaufvertrag nach § 123 l. c. angefochten und Schadensersatz von dem Verkäufer beansprucht werden kann.

Rechtsanwalt Dr. J. B. Then in Würzburg.

Weiterveräußerung auf Abzahlung gekaufter Gegenstände. Im Jahrgang 1905 S. 468 d. Bl. bespricht Staatsanwalt Dr. Haberstumpf die Frage, ob bei Weiterveräußerung eines auf Abzahlung gekauften Buches der veräußernde B. lediglich einer Unterschlagung oder auch eines Betruges dann schuldig sei, wenn er dem Erwerber C. des Buches vorgespiegelt hat, das Buch sei sein — des B. — Eigentum[1]). Die Abhandlung verneint diese Frage mit der Begründung, daß C. gemäß § 932 BGB. infolge seines guten Glaubens und da das Buch dem früheren Eigentümer X. weder gestohlen, noch verloren gegangen, noch sonst abhanden gekommen sei, Eigentümer des Gegenstandes geworden ist, daß demnach C. durch die falsche Vorspiegelung des B. nicht geschädigt sei. Wenn C. trotz des Eigentumserwerbes das Buch an X. herausgebe, so geschehe das aus freiem Willen oder aus Rechtsirrtum. Es seien also die falschen Vorspiegelungen des B. für den dem C. durch Herausgabe des Buches erwachsenden Schaden nicht ursächlich und deshalb B. eines Betruges nicht schuldig. Diese Ausführungen treffen zu, insoweit sie einen Betrug zum Schaden des Erwerbers C. als nicht gegeben erachten; sie bedürfen einer Berichtigung, insoweit sie das Vorliegen eines Betruges überhaupt verneinen: Die falsche Vorspiegelung des B., daß er der Eigentümer des Gegenstandes sei, ist ursächlich dafür, daß C. sich hinsichtlich des Verfügungsrechtes des B. am Gegenstande im guten Glauben befindet. Würde der Veräußerer — wie dies den Umständen nach seine Pflicht ist — den C. vor der Veräußerung über die wirklichen Eigentumsverhältnisse an dem Buche aufklären, so befände sich C. nicht mehr in gutem Glauben im Sinne des § 932 BGB. Die weitere Folge wäre, daß C. nach eben dieser Bestimmung kein Eigentum an dem Buche erwerben würde, daß also X. Eigentümer bliebe und die Herausgabe des Buches von C. erzwingen könnte (§ 985 BGB.). Es ist also die falsche Vorspiegelung des B. kausal für den Eigentumsverlust des X. Durch diesen Eigentumsverlust ist X. in seinem Vermögen geschädigt, da er nach den obigen Darlegungen nicht einmal einen Herausgabeanspruch gegen C., sondern lediglich einen unter Umständen wertlosen Ersatzanspruch gegen B. hat. Für die falschen Vorspiegelungen des B. wiederum ist kausal die Absicht des B., sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen: Würde er sich nicht als Eigentümer des Buches ausgeben, so kaufte ihm C. das Buch nicht ab und bezahlte ihm auch nicht den Kaufpreis dafür. Die Handlungsweise des B. weist somit die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB. auf, sie stellt sich als ein Vergehen des Betruges zum Schaden des X. dar. Daß die Person des Geschädigten und die des durch die Vorspiegelung Getäuschten nicht identisch sind, ist unerheblich (Oppenhoff, StGB. § 263 Ziff. 60). Ebenso ist unerheblich, daß C. nachträglich dem X. das Buch auf Verlangen herausgibt, denn die Schädigung des X. und damit das Delikt des § 263 StGB. sind schon vollendet mit dem Uebergang des Eigentums am Buche von B. auf C.

Rechtsanwalt Dr. Orthal in Nürnberg.

[1]) Vgl. auch Jahrgang 1906 S. 13.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Wechselprotest in der Behausung einer von der inländischen Gerichtsbarkeit befreiten Person (Botschaftshotel). Verschulden des mit dem Proteste beauftragten Beamten. Beklagter (ein Notar) war vom Kläger beauftragt, einen Wechsel beim Domiziliaten zu protestieren. Er ging in dessen Wohnung, stellte fest, daß das Haus, in dem der Domiziliat wohnte, Eigentum eines fremden Staates und Sitz von dessen Botschaft, der Domiziliat aber Küchenchef des Botschafters sei und deshalb von der Vorlegung des Wechsels abgesehen werde. Ferner erkundigte er sich bei der Polizei nach einer anderen Wohnung des Domiziliaten und erhob nach verneinender Auskunft Protest wegen nicht erfolgter Zahlung des Wechsels. In den Wechselprozessen wurde die Protesturkunde für ungültig erklärt. Kläger forderte daher vom Beklagten wegen fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht Schadensersatz. Die Vorinstanzen gaben der Klage statt. Das Reichsgericht wies sie ab.

Aus den Gründen: 1. Ob der beklagte Notar in dem exterritorialen Gebäude der Botschaft eine Amtshandlung in der durch Art. 88 WO. vorgeschriebenen Weise vornehmen durfte, ist nicht so zweifellos, wie das Berufungsgericht annimmt. Der Grundsatz, wonach gegenüber auswärtigen Gesandten, deren Familie, Personal und ausländischer Dienerschaft kein Akt der staatlichen Hoheit oder Zwangsgewalt ausgeübt werden soll und wonach in der Regel kein inländischer Beamter die Wohnung des Gesandten zur Vornahme einer solchen Amtshandlung betreten darf, ist für die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit und der streitigen Gerichtsbarkeit in §§ 18, 19 GVG. ausdrücklich anerkannt. Es unterliegt keinem Bedenken, diese Grundsätze auch auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, wenigstens auf solche, welche eine Ausübung staatlichen Zwanges enthalten,

wie Siegelungen, Inventaraufnahmen usw. Konnte auch die Protestaufnahme, wenn man sie als Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ansieht, einem der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Diener des Botschafters gegenüber mit dessen Zustimmung im Botschaftshotel erfolgen, so blieb doch der Zweifel bestehen, ob der Domiziliat überhaupt Inländer war und ob der Notar zur Erholung der Zustimmung des Botschafters verpflichtet war. Nicht zweifelsfrei ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Protest überhaupt nicht Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts sei. In Art. 87 WO. ist der Notar in bezug auf die Befugnis zum Protest dem Gerichtsbeamten (Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher) gleichgestellt und wenn er auch seinem Auftraggeber gegenüber als Beauftragter gilt, so ist doch (ähnlich wie beim Gerichtsvollzieher) eine andere Auffassung möglich, soweit es sich um die Stellung und Tätigkeit des Notars nach außen, insbesondere gegenüber dem Protestaten handelt.

2. Die Frage, ob dem Beklagten eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht zur Last fällt, ist zu verneinen. Es handelte sich, wie ausgeführt, um zweifelhafte Fragen des Völkerrechts. Es war deshalb kein Verschulden des Beklagten, daß er das Botschaftshotel als für ihn unzugänglich und eine direkte Verhandlung mit dem Protestaten für unzulässig hielt und demgemäß in entsprechender Anwendung des Art. 91 WO. den Protest, wie geschehen, bewirkte und beurkundete. (Wird weiter ausgeführt.) (Urt. des III. ZS. vom 15. Februar 1906.) ——o——

490

II

Zu §§ 226, 313, 912, 920, 1004 BGB. Verträge über Festsetzung unsicherer Grenzen sind nicht formbedürftig. Die auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Grenzüberschreitungen und Mauerausbauchungen braucht der Nachbar nicht zu dulden.

Gründe: Mit Recht hat der Ber.-Richter die Anwendung des § 912 BGB. abgelehnt. Wenn diese Vorschrift überhaupt auf Ueberschreitungen der Grenze, die durch Baufehler herbeigeführt sind, bezogen werden könnte, was hier dahingestellt bleiben kann, so würde der Anwendung jedenfalls entgegenstehen, daß es an den Voraussetzungen des § 912, nämlich an Grenzüberschreitung ohne grobe Fahrlässigkeit und Nichterhebung eines Widerspruchs, fehlt .... Der Beklagte hält sich an die vor Beginn des Baues festgesetzte Grenzlinie nicht für gebunden, weil der Grenzfestsetzungsvertrag der in § 313 Satz 1 BGB. vorgeschriebenen Form ermangle. Er behauptet, daß die wirkliche Grenze 12 cm weiter nach dem Grundstücke des Klägers zu liege, daß darnach die sog. Ausbauchung der Mauer nur 14 cm, also weniger als ½ Fuß in das Grundstück des Klägers hineinrage, dies aber vom Kläger nach der angeblich örtlich noch gültigen l. 17 pr. Dig. si serv. 8, 5. geduldet werden müsse. Mit Recht hat jedoch der Ber.-R. angenommen, daß die Parteien die in Unsicherheit geratene Grenze durch Vertrag festgestellt haben und daß dieser Vertrag, durch den kein Teil irgend eine Grundstücksparzelle an den andern zu übereignen versprochen hat, nach dem jetzt geltenden Rechte ohne Beobachtung einer besonderen Form rechtsgültig ist. Das BGB. geht im § 920 davon aus, daß die Grenze zwar subjektiv ungewiß sein kann, aber objektiv stets gewiß bleibt. Wie ein Urteil, das die Grenze trotz dem subjektiven Dunkel objektiv richtig feststellt, nur deklaratorische Wirkung hat (vgl. Turnau-Förster Anm. 2 zu § 920), so bewirkt auch ein Vertrag, durch den die Parteien die Ungewißheit lösen, nicht die Verpflichtung zu einer Eigentumsübertragung, sondern beide Teile gehen davon aus, daß die richtige Grenze nunmehr ermittelt sei und durch den Vertrag jeder von ihnen erhalte oder behalte, was ihm gebühre. Wenn freilich der Vertrag eine Grenze festsetzt, die erst dadurch erhalten wird, daß die Nachbarn gegenseitig Teile ihrer Grundstücke abtreten, dann muß die Form des § 313 BGB. beobachtet werden. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Demnach kann der Annahme des Ber.-R's, daß es sich um einen bindenden obligatorischen Vertrag handle, und der Beklagte jetzt seinem Gegenkontrahenten gegenüber nicht mehr mit Erfolg eine andere Grenze in Anspruch nehmen könne, nicht entgegengetreten werden. Dann aber kann der Beklagte auch keinen Einwand aus der gedachten Digestenstelle herleiten, da die Wand mehr als ½ Fuß in das Eigentum des Klägers hineinragt. Der Kläger ist befugt, den Eingriff in sein Eigentum nach § 1004 BGB. abzuwehren. Inwieweit der Nachbar nach dem Grundsatze des § 226 BGB. Ausbauchungen, die sich an einem Nachbarhause ohne Verschulden des Eigentümers im Laufe der Zeit gebildet haben — abgesehen von der l. 17 pr. Dig. 8, 5 — dulden müsse, kann dahingestellt bleiben, da der Beklagte nach der Feststellung des Ber.-R.'s bei der Herstellung der Mauer, obwohl der Kläger ihn darauf aufmerksam gemacht und seinen Widerspruch erklärt hatte, sich grobe Baufehler zuschulden kommen ließ, die eine Ueberschreitung der Grenze zur Folge hatten. Dergleichen Ueberschreitungen braucht der Nachbar sich nicht gefallen zu lassen. (Urt. V 523/05 v. 15. März 1906). ——— r.

462

III.

Zulässigkeit der Revision (§ 70 Abs. 2 GVG., Art. 26 AG. z. GVG). **Verschulden des Fiskus. Verschulden von Beamten.** Die Klägerin erlitt auf der Postfahrt von K. nach D. dadurch, daß der für die sogenannte Postbotenfahrt eingerichtete Wagen umgeworfen wurde, körperliche Verletzungen. Die von ihr gegen den Fiskus unter anderm eingeklagten Kur- und Verpflegungskosten sind in der Berufungsinstanz mit 895 Mk. 90 Pf. zur Ziffer gebracht; das Berufungsgericht hat den Anspruch, soweit er auf Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten gerichtet ist, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision des Fiskus wurde als unzulässig verworfen aus folgenden Gründen: Nach den Angaben der Klägerin in II. Instanz betrugen die Kur- und Verpflegungskosten, um welche es sich für die Revision allein handelt, 895 Mk. 90 Pf. Die Revisionssumme ist mithin nicht glaubhaft gemacht und es kann nur in Frage kommen, ob ein Anspruch erhoben ist, der zur ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehört (§ 547 Nr. 2 ZPO.). In Betracht zu ziehen ist nur Art. 26 des BayAG. z. GVG. v. 23. Febr. 1879, der — ebenso wie § 39 Nr. 2 des PrAG. — auf Grund des § 70 Abs. 2 GVG. die Ansprüche gegen den Staat wegen Verschuldens von Staatsbeamten den Landgerichten ausschließlich überweist. Nun hat aber bereits der II. ZS. des RG. im Urt. v. 20. Dez. 1898 (JW. 1899 S. 38) für das gleichliegende preußische Recht angenommen, daß ein solcher Anspruch nur gegeben ist, wenn ein besonderes Verschulden eines Staatsbeamten, das in Beziehung zu seinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht, behauptet und der Staat für dieses Verschulden haftbar gemacht wird, nicht aber, wenn sich die Klage auf eigenes Verschulden des Fiskus, d. h. der Organe gründet, deren schuldhafte Handlungen dem Fiskus als eigene angerechnet werden (vgl. § 831 BGB. gegen §§ 31, 89 BGB.). Von dieser Rechtsprechung abzuweichen, liegt kein Anlaß vor. Danach fällt der Anspruch der Klägerin nicht unter Art. 26 AG. In erster Linie wird die Haftbarkeit des Fiskus aus dem Gesetze, aus § 11 RPostG. und der gleichlautenden Bestimmung des bayer. Postrechts, hergeleitet und erst in zweiter Linie aus einem Verschulden. Dieses wird aber nicht in der Nachlässigkeit eines nicht zur Vertretung des Fiskus

im Sinne des § 31 BGB. berufenen Beamten, insbesondere nicht in der Fahrlässigkeit des den Dienst bei den Postfahrten zwischen K. und D. handhabenden Postboten, sondern darin gefunden, daß ungeeignete, weil zu kurze und zu leicht gebaute und mit ungenügender Bremsvorrichtung versehene Wagen verwendet worden seien; die Untauglichkeit hätte bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit der für die Ordnung des Betriebes verantwortlichen Beamten erkannt werden müssen. Damit ist ein Fehler in der Organisation des Postfahrtendienstes, mithin ein Verschulden der zur Vertretung des Fiskus berufenen Beamten, also ein eigenes Verschulden des Fiskus behauptet; es ist nicht geltend gemacht, daß der Fiskus für das Versehen eines Beamten als für ein fremdes Versehen mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. in Anspruch genommen werde (Urt. des VII. ZS. 278/05 v. 27. Febr. 1906).

457 Mitg. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

B. Strafsachen.

Was ist unter „neu hervorgetretenen Umständen" im Sinne des § 264 Abs. 3 StPO. zu verstehen? Der wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230 StGB.) Angeklagte ist wegen vorsätzlicher Körperverletzung (§ 223 StGB.) verurteilt worden. Auf Revision des Angeklagten ist das Urteil wegen Verletzung des § 264 Abs. 3 StPO. aufgehoben worden.

Aus den Gründen: Der Vorsitzende machte den Angeklagten aufmerksam, daß eventuell vorsätzliche Körperverletzung nach § 223 StGB. angenommen werden könne; daraufhin beantragte der Verteidiger Aussetzung der Verhandlung, um die Sache vorzubereiten. Dieser Antrag ist abgelehnt worden, weil Umstände, die die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes zulassen, nicht neu hervorgetreten seien. Die Frage, ob solche vorliegen, ist eine prozessuale, deren Beantwortung rechtliche Erwägungen bedingen; sie kann nachgeprüft werden. Der erste Richter hat sie unrichtig entschieden. Die Vorschrift des § 264 StPO. ist bestimmt, die Verteidigungsrechte des Angeklagten gegenüber einer Klagänderung zu wahren. So wird in Abs. 3 der Norm das Gebot der Vertagung unbedingt aufgestellt. Diese Bestimmung ist von der Reichstagskommission eingeschaltet worden. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß Neuheiten gegenüber, die die Anwendung eines strengeren Strafgesetzes ermöglichen, dem Angeklagten ein Recht auf Aussetzung zum Zwecke ausreichender Vorbereitung eingeräumt werden sollte. Der Rechtsgedanke findet sich in den Ausdruck „neu hervorgetretene Umstände" eingekleidet. Dieses Wortes bedient sich die StPO. in § 266 und meint damit Tatsachen oder tatsächliche Verhältnisse. (Vgl. Rechtspr. d. RG. Bd. VII S. 474/5.) Neu hervorgetreten sind solche, die vorher unbekannt waren. Die Vorschrift fordert also, daß in der Hauptverhandlung Tatsachen zutage getreten sind, die nach Aktenlage bei Erlassung des Eröffnungsbeschlusses nicht ermittelt und bei der Bezeichnung des verletzten Strafgesetzes außer Betracht geblieben waren. Das tatsächliche Material muß eine Verschiebung erleiden in subjektiver oder objektiver Richtung. Der fragliche Begriff ist enger, als der „der veränderten Sachlage" in Abs. 4 des § 264 StPO., aber kein anderer, als der der neuen Tatsachen in §§ 399[5] und 210. Dort bewirkt ihre Beibringung ein neues Prozeßverfahren; hier ermöglicht sie die Erneuerung der Hauptverhandlung und eine ausreichende Verteidigung gegen die Anwendung eines strengeren Strafgesetzes. Der Grundsatz des § 263 gewährt dem Staatsanwalt die Möglichkeit der Klagänderung und dem Gericht die Freiheit der rechtlichen Beurteilung des Anklagestoffes in den weitesten Grenzen; diesen Rechten gegenüber muß dem Angeklagten Sicherheit gegen Ueberraschungen, die Möglichkeit gründlicher Vorbereitung gewährt sein. Das Urteil hat den Angeklagten wegen vorsätzlicher Körperverletzung des Schülers S. J. (StGB. § 223) für schuldig erklärt; während der Eröffnungsbeschluß ihn nur wegen fahrlässiger Mißhandlung (StGB. § 230) unter Anklage gestellt hatte. Hiernach ist ein strengeres Strafgesetz zur Anwendung gelangt, als das im Eröffnungsbeschlusse angeführte. „Aus der Verhandlung" hat das Gericht nach den Gründen die Ueberzeugung von der schwereren Schuldform des Vorsatzes geschöpft; in ihr müssen also Umstände neu hervorgetreten sein, die der veränderten Auffassung der Willenshandlung zugrunde gelegt werden konnten. Auch eine sog. innere Tatsache, der Vorsatz, gehört dem Gebiete der Umstände in der fraglichen Gesetzesstelle an. Da der Verteidiger Aussetzung der Verhandlung beantragte, so muß er die neu zutage getretenen Umstände bestritten haben. Soweit es die Akten übersehen lassen, lagen alle Voraussetzungen des § 264 Abs. 3 StPO. vor; durch die Verwerfung des Aussetzungsantrages hat deshalb der erste Richter diese Vorschrift verletzt. (Urt. d. I. StS. v. 8. März 1906, Nr. 1 D 689/05.)

471 B.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Voraussetzung für den Vermerk im Geburtsregister, daß ein uneheliches Kind von einem bestimmten Manne abstamme. Unterschied der Feststellung der Tatsache der Abstammung von einem bestimmten Vater und der Feststellung, daß ein Mann als Vater zu gelten hat (PStG. § 26; BGB. §§ 1310 III, 1589, 1708, 1717, 1718). Auf Klage des Vormundes über F. M., unehelichen Sohn der Arbeiterin G. E. in N., wurde durch rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil des AG. N. vom 22. Dezember 1904 der Beklagte K. St. für schuldig erklärt, anzuerkennen, daß er als Vater des von der G. E. am 23. Juli 1904 geborenen unehelichen Kindes F. M. zu gelten hat, und die geforderten Unterhaltsbeiträge zu zahlen. Der Vormund und die Mutter des Mündels beantragten bei dem Standesbeamten, die durch das Urteil erfolgte Feststellung der Abstammung des Mündels im Geburtsregister zu vermerken. Da der Standesbeamte den Antrag ablehnte, beantragten sie beim AG. N., den Standesbeamten zur beantragten Einschreibung des Vermerks anzuweisen. Das AG. wies den Antrag ab und die vom Vormund eingelegte Beschwerde hatte keinen Erfolg. Auch die weitere Beschwerde des Vormundes wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die erst bei der Einlegung der weiteren Beschwerde angeführte Tatsache, daß die Mutter und der Vormund bei dem Vormundschaftsgerichte für den Fall, daß K. St. sich zur Anerkennung der Vaterschaft verstand, die Vermerkung der Anerkennung im Geburtsregister beantragt haben, wozu der Vormundschaftsrichter sie nach § 9 Abs. 5 der Bek. vom 19. Januar 1900, das Vormundschaftswesen betr., zu veranlassen hatte, muß nach § 27 FGG. unbeachtet bleiben, es ist deshalb nicht zu erörtern, ob aus ihr der Schluß gezogen werden kann, den die Beschwerde auf sie zu stützen versucht. Die vom Vormund erhobene Klage stimmt nach Antrag und Begründung mit dem üblichen Inhalte der Klagen überein, mit denen die sich aus den §§ 1708 bis 1713, 1717 BGB. ergebenden Ansprüche geltend gemacht werden, und enthält keine Andeutung davon, daß Feststellung der Vaterschaft des Beklagten mit einer über die Unterhaltspflicht hinausgehenden Wirkung beantragt werde. Jedenfalls hat das Gericht sie in diesem Sinne verstanden, die Fassung der Urteilsformel läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß nur festgestellt worden ist, daß K. St. als Vater im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. gilt. Die Rechtsaus-

führungen der weiteren Beschwerde gehen fehl. Das BGB. hat mit der unehelichen Vaterschaft, die Verwandtschaft im Sinne des § 1589 nicht begründet, einzelne familienrechtliche Wirkungen verbunden, diese aber nicht an einen einheitlichen Tatbestand geknüpft, sondern die Voraussetzungen einer jeden besonders bestimmt. Für die im § 1310 bestimmten Ehehindernisse kommt es auf die Tatsache der Abstammung an, für die in den §§ 1708—1716 bestimmten Verpflichtungen treten an deren Stelle die in den §§ 1717, 1718 bezeichneten Tatsachen, für die Legitimation durch Eheschließung der Eltern ist die Beiwohnung des Mannes innerhalb der Empfängniszeit nach Maßgabe der im § 1720 getroffenen Bestimmungen entscheidend, für die Ehelichkeitserklärung ist nach den §§ 1725, 1735 die Anerkennung die wesentliche Voraussetzung. Infolge dieser Rechtsgestaltung kann derselbe Mann in der einen Beziehung als Vater in Betracht kommen, während er in einer andern nicht als Vater gilt. Die Anerkennung des unehelichen Kindes wird nach § 25 PStG. und § 14 der Bek. des Reichskanzlers, betr. Vorschr. z. Ausf. des Ges. üb. die Beurk. d. Personenstandes u. d. Eheschließung, vom 25. März 1899 in das Geburtsregister eingetragen, weil sie Anerkennung der Abstammung des Kindes von dem Anerkennenden ist. Die im § 1718 BGB. bestimmte Ausschließung der Berufung des Anerkennenden darauf, daß innerhalb der Empfängniszeit auch ein anderer der Mutter beigewohnt habe, ist nicht der Inhalt sondern eine der rechtlichen Wirkungen der Anerkennung. Eine Feststellung der Abstammung des Kindes, die nach § 26 PStG. im Geburtsregister zu vermerken ist, liegt nur vor, wenn das Verhältnis festgestellt ist, das die Grundlage der im § 1310 BGB. bestimmten Ehehindernisse bildet. Die Feststellung, daß ein bestimmter Mann als Vater im Sinne der §§ 1708—1716 gilt, d. h. daß ihm die dort bezeichneten Verpflichtungen obliegen, ist nicht eine Feststellung der Abstammung des Kindes, sondern beschränkt sich auf den Bereich der Wirkungen der Vaterschaft, die in diesen Verpflichtungen bestehen. Die Tatsachen, auf Grund deren die Feststellung getroffen wird, mögen in sehr vielen Fällen die Schlußfolgerung rechtfertigen, daß das Kind von dem Manne abstammt, der für die in Rede stehenden Verpflichtungen als Vater gilt, aber festgestellt ist nicht mehr, als daß der Mann Träger dieser Verpflichtungen ist, eine nach § 26 PStG. im Geburtsregister zu vermerkende Feststellung der Abstammung des Kindes ist nicht getroffen. In Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des Kammergerichts Berlin vom 20. April 1903 (Jahrb. d. Entsch. d. KG. A Bd. 26 S. 39) und Stölzel, Personenstandsges. Anm. a zum § 26 ist daher die Rechtsanschauung, die die Vorinstanzen ihren Entscheidungen zugrunde gelegt haben, zu billigen (Beschluß vom 23. Februar 1906, I. ZS.; Reg. III 8/06). K.

475

B. Strafsachen.

Die Bezirksämter sind bei Beleidigung von Gendarmen zur Stellung des Strafantrags befugt. Nach §§ 1 und 2 der VO. vom 24. Juli 1868, die Organisation der Gendarmerie in den Landesteilen diesseits d. Rh. usw. betr. (RegBl. S. 1385) hat die Gendarmeriemannschaft, da sie militärisch organisiert und in persönlicher und disziplinärer Beziehung dem Kriegsministerium, in Ansehung ihrer Wirksamkeit und Dienstleistung aber dem Staatsministerium des Innern, den Regierungen, Kammern des Innern, und den Bezirksämtern unterstellt ist, zwei Vorgesetzte, einen militärischen und einen bürgerlichen. Auch aus §§ 1, 2, 3 der Dienstesinstruktion für die Gendarmeriemannschaft vom 20. September 1879 (MABl. von 1879 S. 377 ff.) ergibt sich, daß, soweit es sich um den Sicherheitsdienst handelt, **die Bezirksämter die Zivildienstbehörden der Gendarmen** sind. Demnach war das Bezirksamt U. berechtigt, wegen der an dem Gendarmen H. verübten Beleidigung Strafantrag zu stellen (vgl. auch Entsch. des RG. in StS. 29 S. 211, Urt. vom 8. Februar 1906). — — — u.

478

Oberlandesgericht München.

GebO. f. RA. und VO. vom 26. März 1902; insbesondere Gegenstandswert nach der letzteren. Der Kläger, Rechtsanwalt, war von dem Beklagten unter Erteilung einer Generalvollmacht mit der Regelung seiner Beziehungen mit einem Dritten, welche zu einer buchmäßigen Schuld des Beklagten von 5 Millionen geführt hatten, beauftragt worden. Hierauf hatte Kläger bei einer Generalversammlung einer G. m. b. H. den Beklagten vertreten, langwierige mündliche Unterredungen und einen umfangreichen Schriftenwechsel gepflogen und in 16 Einzelverträgen, die er im wesentlichen entworfen hatte, die endgültige Regelung aller Differenzen herbeigeführt, wobei insbesondere die Schuld des Beklagten auf 1½ Millionen fixiert, deren Rückzahlungsweise bestimmt und die fünfjährige Weiterzahlung eines jährlichen Betrages von 20000 Mk. an Beklagten festgesetzt wurde. Kläger verlangte vom Beklagten u. a. ½ Prozeß- und eine Vergleichsgebühr nach der GebO. f. RA. aus 5 Millionen und eine Vergleichsgebühr aus 1 Million für die Vertretung in der Generalversammlung nach der VO. vom 26. März 1902. Beklagter hatte an den Kläger schon einen bestimmten Betrag gezahlt. Die Klage wurde abgewiesen. Das Urteil wurde vom Oberlandesgericht bestätigt.

Aus den Gründen: Die Tätigkeit des Klägers ist nicht nach der GebO. f. RA., sondern der VO. vom 29. März 1902 zu honorieren. Der Geschäftsauftrag des Klägers hatte nicht den Zweck, ein zivilprozeßrechtliches Verfahren einzuleiten, wenn auch der Austrag der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse Gegenstand eines solchen hätten werden können, vielmehr war dessen wesentlicher Inhalt der, ein Prozeßverfahren durch außergerichtliche Regelung zu vermeiden. Was den Gegenstandswert nach Art. 15 a. a. O. anlangt, so hat nach dem Inhalte der definitiven Verträge die Regelung des gesamten Rechtsverhältnisses des Beklagten mit dem Dritten den Auftrag gebildet. Diese Verträge enthielten eine vergleichsweise Erledigung aller Rechtsbeziehungen des Beklagten und des Dritten, insbesondere die endgültige Regelung der ganzen streitigen Verbindlichkeiten von 5 Millionen nebst allen Nebenpunkten, welche bis dahin noch nicht vollständig ausgetragen waren. Nach dem Werte und Interesse der Tätigkeit des Rechtsanwaltes für den Auftraggeber ist der Gegenstandswert nach Art. 15 der VO. vom 26. März 1902 analog § 3 ZPO. und § 9 GKG. vom Gerichte nach freiem Ermessen zu bestimmen. Das Gericht hat auf Grund der Tatumstände und des großen Interesses des Beklagten an dem herbeigeführten Vergleiche bezüglich seiner gesamten Rechtsbeziehungen als Wert des Gegenstandes 5 Millionen und als solchen bezüglich der Vertretung in der Generalversammlung 500000 Mk. angenommen.

Das Gericht billigte dem Kläger zu gemäß VO. vom 26. März 1902 nach Art. 6 die Informationsgebühr zu 5/10, da die Angelegenheit sehr umfangreich und verwickelt war, nach Art. 11 die Vergleichsgebühr zu 10/10, nach Art. 12 weitere 5/10 Gebühr für den Entwurf der 16 Verträge, welche bei dem Umfange und der Schwierigkeit deren Inhaltes nicht schon in der Vergleichsgebühr enthalten ist, endlich nach Art. 26, 10 8/10 Gebühr für die Vertretung in der Generalversammlung. Dieser Anspruch wurde als durch das schon gezahlte Honorar getilgt erachtet. (Urt. vom 17. März 1906 BR. 2, 553/05.)

474 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

Oberlandesgericht Bamberg.

Sog. Palmbutter aus unverfälschtem Kokosfett ist keine Margarine: (§ 1 des Gesetzes vom 15. Juni 1897, betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmittel.) Durch das Gutachten der Untersuchungsanstalt ist festgestellt, daß das vom Beschuldigten in den Verkehr gebrachte als „Palmbutter" bezeichnete Fett ein reines, unverfälschtes Pflanzenfett, nämlich Kokosfett ist, welches durch Zusatz eines gelben Azofarbstoffes gefärbt ist, ferner daß eine Aehnlichkeit mit Milchbutter oder Butterschmalz durch die Verschiedenheit in Konsistenz, Geruch und Geschmack ausgeschlossen ist. Es fragt sich, ob trotzdem die Palmbutter unter den Begriff Margarine fällt. Margarine im Sinne des Gesetzes (§ 1 Abs. 2 a. a. O.) sind die der Milchbutter oder dem Butterschmalz ähnlichen Zubereitungen, deren Fettgehalt nicht ausschließlich der Milch entstammt. Unstrittig ist, daß der Fettgehalt der Palmbutter der Milch nicht entstammt. Eine Zubereitung liegt unzweifelhaft auch vor: es ist darunter eine Bearbeitung des Stoffes zu verstehen, wodurch er zu einem bestimmten Zweck brauchbar oder doch brauchbarer wird. Eine solche ist gegeben; denn die aus Kokosfett hergestellte Ware wurde erst durch ihre Bearbeitung für den Hausstand brauchbar. Ob auch die Aehnlichkeit der Palmbutter mit der Milchbutter oder dem Butterschmalz besteht, ist zweifelhaft. Aehnlichkeit ist vorhanden, wenn die Uebereinstimmung mehrerer Merkmale soweit geht, daß dem gewöhnlichen Publikum die Ware als Milchbutter oder Butterschmalz verkauft werden kann. Aehnlichkeit kann insbesondere angenommen werden, wenn die Ware die Farbe der Milchbutter oder des Butterschmalzes hat und nicht spröde wie Fett, sondern streichbar wie Butter ist (Urt. des LG. Hamburg vom 2. August 1906, best. durch Urt. des RG. vom 15. Januar 1905, Fleischmann, Komm. z. MargarineG. § 1 Bd. I S. 13). Hier ist die Ware gelb gefärbt, also der Farbe nach der Butter oder Butterschmalz ähnlich; dagegen ist nicht erwiesen, daß sie auch streichbar ist; denn nach obigem Gutachten ist sie fest und spröde, sohin nicht streichbar. Es liegt also nur das eine Merkmal der Aehnlichkeit der Farbe vor und nach der obigen Begriffsbestimmung könnte die Palmbutter als Margarine nicht bezeichnet werden. Zum gleichen Ergebnisse kommt man bei der Annahme, daß auch das gewöhnliche Publikum mit Rücksicht auf die Verschiedenheit in Konsistenz, Geruch und Geschmack die Palmbutter mit Milchbutter oder Butterschmalz nicht verwechselt. Würde man aber mit Fleischmann a. a. O. schon die Aehnlichkeit in der Farbe für genügend erachten, so wäre auf die Ware der Begriff Margarine im Sinne des § 1 Abs. 2 des Gesetzes an sich anwendbar.

Allein es kommt hier die Ausnahme des § 1 Abs. 4 Satz 2 a. a. O. zur Geltung. Die Bezeichnungen der Stoffe, welche den Gegenstand des Gesetzes bilden, sind nur unter gewissen Beschränkungen anwendbar; vor allem finden sie keine Anwendung auf unverfälschte Fette bestimmter Tier- oder Pflanzenarten, welche unter den ihrem Ursprung entsprechenden Bezeichnungen in den Verkehr gebracht werden (Stenglein, Die strafrechtl. Nebenges., 3. Aufl., S. 373 Ziff. 3). Diese Ausnahme greift hier Platz: es liegt eine unverfälschte Kokosnußbutter vor. Das Gesetz wollte den loyalen Handel mit derartigen Produkten nicht unterbinden (Motive Bd. I S. 296) Es wird aber neben der Unverfälschtheit der Ware verlangt, daß ihr Ursprung durch Angabe der bestimmten Tier- oder Pflanzenart erkennbar gemacht werde. Mit Recht wurde daher im obenbezeichneten Urteile des LG. Hamburg die Bezeichnung „Vegetaline", „Pflanzenbutter" für ungenügend erklärt, weil damit die Art der Pflanze, von welcher das Fett entnommen ist, nicht bezeichnet ist und auch die Beifügung einer Palme auf den Blechdosen wurde nicht als ausreichend erachtet, weil die bildliche Darstellung auch nur eine bloße Verzierung sein konnte. Anders hier: die Benennung Palmbutter ist zwar zum Teil eine Phantasiebezeichnung, läßt aber deutlich die zur Herstellung des Fettes benutzte Pflanzenart, die Palme, erkennen. Daß das Fett ein unverfälschtes Kokosfett ist, steht fest. Die Färbung des Fettes, welche nur dem Zwecke eines besseren äußeren Aussehens dient, nicht aber der Ware den Anschein einer besseren Beschaffenheit geben soll, ist keine Verfälschung (RG. in Straff. Bd. 30 S. 393), umsoweniger, als die Palmbutter auf allen Rechnungen usw. als gelb gefärbt bezeichnet wird. (Beschl. des I. ZS. vom 10. April 1906 [nach § 170 StPO.].)

483 Mitgetellt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Ueber Vermieter- und Pfändungspfandrecht; Verhältnis zwischen § 560 BGB. und § 805 ZPO.; § 322 ZPO. Mehrere Gläubiger des H. hatten mit getrennten Pfändungen dessen gesamte in das Haus des Vermieters F. eingebrachte pfändbare Habe pfänden und versteigern lassen. F. verlangt für seine nach § 559 BGB., § 805 ZPO. bevorzugte Mietzinsforderung vorzugsweise Befriedigung aus den hinterlegten, seine Forderung übersteigenden Erlösen. Nur der Beklagte M. widersprach, indem er behauptete, zwei erstpfändende Gläubiger hätten auf ihr Pfandrecht vorbehaltlos verzichtet, er sei deshalb Erstpfändender geworden, und unter Berufung auf § 560 Satz 2 BGB. geltend machte, Kläger müsse sich an die Erlöse in umgekehrter Reihenfolge halten, und habe, da die Erlöse aus den letzten Pfändungen zur Deckung seiner Forderung ausreichten, keinen Anspruch auf den Erlös aus den erstgepfändeten Sachen. Das Landgericht wies die Klage ab. Auf Berufung wurde der Beklagte verurteilt, den Anspruch des Klägers auf vorzugsweise Befriedigung unbeschränkt anzuerkennen.

Der Erstrichter stützt sich auf § 560 Abs. 2 BGB., wonach der Vermieter der Entfernung eingebrachter Sachen u. a. nicht widersprechen kann, wenn die zurückbleibenden zu seiner Sicherung offenbar ausreichen. Er will analog dem Vermieter die Geltendmachung des Vorzugsrechtes gegenüber einem Pfändungspfandgläubiger verwehren, wenn diesem nachgehende Pfandgläubiger Sachen mit einem seine Forderung deckenden Erlöse gepfändet haben und den Vermieter zwingen, mit seinem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung sich an die Pfändungspfandgläubiger in umgekehrter Reihenfolge, also zuerst an den letzten Pfandgläubiger, dann den vorletzten usw. zu halten. Dieser in der DJZ. 1903 S. 472 vertretenen Auffassung (der Artikel a. a. O. S. 401 hält eine gesetzliche Regelung für notwendig) wird nicht beigetreten. Die Entfernung im Vollstreckungswege wird durch das materielle Recht nicht betroffen und ist nur nach den erschöpfenden prozessualen Vorschriften zu beurteilen. Die §§ 560 und 561 BGB. behandeln das Pfandrecht des Vermieters im Verhältnisse zum Mieter und nicht zu Pfändungspfandgläubigern. § 560 BGB. kann nur Platz greifen, wo der Vermieter der Entfernung der Sachen widersprechen kann. Zum Widerspruch ist aber der nicht im Besitze der Sachen befindliche Vermieter gemäß § 805 Abs. 1 ZPO. nicht befugt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sachen pfändet und fortschafft. § 560 Satz 2 BGB. verträgt als Ausnahme keine Ausdehnung, keine „logische Weiterentwicklung". (Siber, Gesetzl. Pfandrecht S. 81; Staudinger, BGB. 2. Aufl. Bd. IIb S. 274; Neumiller, ZPO. 1903 S. 350,

Recht 1901 S. 408 Nr. 1579, 1905 S. 180; Zeitschr. f. Rechtspfl. i. B. 1905 S. 172, JW. 1906 S. 74.)

Bei einer Pfändung setzt sich gemäß § 805 ZPO. das Pfandrecht des Vermieters in ein Vorzugsrecht am Erlöse um. Bei mehreren Pfändungen und mehreren Erlösen haftet ihm bis zu seiner Befriedigung, gleichwie sich sein Pfandrecht auf alle Sachen erstreckte, der Gesamterlös als Surrogat. Aus welchen Einzelerlösen seine Befriedigung herbeigeführt wird, ist für ihn gleichgültig; der Ueberschuß verbleibt den Pfändungspfandgläubigern, die sich in ihn gemäß § 804 ZPO. nach ihrem Rang und nach der Größe des für den einzelnen Gläubiger hinterlegten Erlöses eventuell in dem Verfahren nach §§ 872 ff. ZPO. zu teilen haben.

Das Verlangen des Klägers beeinträchtigt nicht die Rechte des Beklagten. Angenommen, er ist wirklich erstpfändender Gläubiger, so wird er aus dem Ueberschuß des Gesamterlöses zuerst zum Zuge kommen, auch wenn der aus seiner Pfändung vom 25. Okt. 1904 hinterlegte Erlös von 219 Mk. 86 Pf. zur Befriedigung des Klägers mitverwendet wird. Die Rechte der Pfändungsgläubiger unter sich werden durch die Befriedigung der bevorzugten Forderung des Vermieters nicht berührt, letzterer hat sich um den Rang dieser Gläubiger nicht zu kümmern; die gegenteilige Auffassung würde die Verfolgung des Vorzugsrechtes des Vermieters, das der Gesetzgeber glatt regeln und außer Streit stellen wollte, erschweren. Ob die Pfändungsgläubiger K. und T. auf ihre Pfandrechte vorbehaltlos verzichtet haben, kann überdies hier nicht entschieden werden und schon hieraus ergibt sich die Unhaltbarkeit des erstrichterlichen Urteils. Das Urteil schafft gemäß § 322 ZPO. nur Recht zwischen den Parteien. Wenn der Erstrichter durch Auslegung schriftlicher Erklärungen nicht am Rechtsstreit beteiligter Pfändungsgläubiger, ohne sie gehört zu haben, und gegen ihren Willen einen Verzicht auf ihre Pfandrechte unterstellte, so griff er unzulässig dem in § 872 ff. ZPO. vorgesehenen Verfahren vor; seine Entscheidung bindet diese Gläubiger nicht und damit ist seinem Urteil die Grundlage entzogen. Der Widerspruch des Beklagten war hiernach von vorneherein zwecklos. Wie sich die Sache gestalten würde, wenn nach den Pfändungen weitere zur ganzen oder teilweisen Deckung des Klägers geeignete Sachen im Besitze des H. geblieben wären, muß nicht erörtert werden, da unbestritten die ganze pfändbare Habe des Schuldners gepfändet und entfernt wurde. (Urt. v. 23. April 1906.) H.

489

Landgericht München I.

Ueber die Behandlung der Vollstreckungsunterwerfung nach §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO. bei der Bildung einer sog. Einheitshypothek. Auf Grund der Urkunde des Notariats M. vom 30. September 1905 wurde auf den Grundstücken des Schuldners X. in M. im Grundbuche eine Hypothek ohne Brief für 100 000 Mk. Darlehen der Bank Y. eingetragen. Hierbei wurde zugleich die dingliche Vollstreckungsunterwerfung des Eigentümers nach § 800 ZPO. vorgetragen. In der Urkunde des gleichen Notariats vom 13. November 1905 errichtete X. auf den gleichen Grundstücken für dieselbe Bank Hypothek ohne Brief auf den weiteren Darlehensbetrag zu 220 000 Mk., unterwarf sich für diesen Betrag in dinglicher Weise der sofortigen Zwangsvollstreckung, beantragte die Vereinigung der beiden Hypothekposten zu 100 000 und 220 000 Mk. zu einer Einheitshypothek zu 320 000 Mk. und demzufolge aus formellen Gründen die Löschung der beiden Posten und die Vortragung des Gesamtkapitals als Einheitshypothek. Das Grundbuchamt M. trug am 15. November 1905 zuerst die Hypothekpost zu 220 000 Mk. ein, löschte dann nach Buchsvortrag vom 1. Dezember 1905 die beiden Hypothekposten zu 100 000 und 220 000 Mk. und trug am gleichen Tag Hypothek ohne Brief für 320 000 Mk. Darlehen ein, vermerkte jedoch in diesem Buchsvortrag hinsichtlich der dinglichen Vollstreckungsunterwerfung nur die Urkunde vom 13. November 1905. Den Antrag des X., auch die Urkunde vom 30. September 1905 hinsichtlich der Vollstreckungsunterwerfung für die Post zu 100 000 Mk. anzuführen, lehnte es ab, da die Urkunde vom 30. September 1905 mit der Löschung der Hypothek zu 100 000 Mk. ihre Eigenschaft als Hypothekurkunde verloren habe. Der Beschwerde des X. hat das Beschwerdegericht am 30. Dezember 1905 (Beschw.Reg. Nr. 729/05 I) aus folgenden Gründen stattgegeben:

Die sog. Einheitshypothek ist ein Gebilde der Praxis. Sie enthält die Zusammenfassung zweier gleichrangiger Hypothekposten zu einer einheitlichen Post in einem Buchsvortrag. Zu der eingetragenen Hypothek tritt im Gleichrang die neue Hypothek. Der Antrag, die beiden Posten aus formellen Gründen zu löschen und zu einer Einheitshypothek zusammenzufassen, enthält keine Aufhebung des Hypothekrechts im Sinne des § 875 BGB. Im Gegenteil soll das Hypothekrecht der alten Post ausdrücklich bestehen bleiben. Mit ihm hat sich im Gleichrang das Hypothekrecht der neuen Post zu vereinigen. Nichts anderes ist hier in der Urkunde vom 13. November 1905 beantragt. Wenn das Grundbuchamt dann Zug um Zug unter dem gleichen Datum in unmittelbar aufeinanderfolgenden Einträgen Löschung und Neueintragung vollzogen hat, so hat diese Löschung nicht den Wegfall des alten Hypothekrechts bewirkt, sondern war nur ein buchstechnischer Vollzugsbehelf, der die Zusammenfassung der beiden Posten in einem Vortrag ermöglicht hat. Die dingliche Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO. stattet das Hypothekrecht mit einem die Verwirklichung des Rechtes auf Befriedigung aus dem Grundstück erleichternden Nebenrecht aus (§ 1147 BGB., ObLG. N. F. Bd. III S. 445, Oberneck, RGBR. Bd. I S. 725, III. Aufl.). Sie ist in gewissem Sinne ein Akzessorium oder ein Bestandteil der Hypothek. Das Hypothekrecht für die Post zu 100 000 Mk., auch die formale in der Urkunde vom 13. November 1905 enthaltene Eintragungsbewilligung steht dem nicht entgegen, besteht materiellrechtlich noch. Demzufolge ist auch noch die zugehörige dingliche Vollstreckungsunterwerfung aus der Urkunde vom 30. September 1905 in Bestand. Der beantragten Anführung dieser Urkunde in dem Buchsvortrag über die Post zu 320000 Mk. neben der Urkunde vom 13. November 1905 steht ein rechtliches Bedenken nicht entgegen. Damit ist dann die Vollstreckungsunterwerfung hinsichtlich dieser Gesamtpost zum Ausdruck gebracht.

448 Mitgeteilt von Staatsanwalt Karl Meyer in München.

Literatur.

Meisner, Dr. J., Oberlandesgerichts-Senatspräsident in Posen. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 4. Buch. Familienrecht. Breslau 1905. Verlag von M. u. H. Markus. Preis brosch. 5 M.

Kommentare zum BGB. müssen, um gegenüber den umfassenden Bearbeitungen von Planck und Staudinger Geltung beanspruchen zu können, Besonderheiten in der Art der Behandlung und Anordnung des Stoffes aufweisen. Der in dem Meisnerschen Kommentar unternommene Versuch einer eigenartigen und selbständigen Behandlung darf als geglückt bezeichnet werden. Der Verfasser hat sich in der Anführung der zu übermächtiger Fülle angewachsenen Literatur und Rechtsprechung große Beschränkung auferlegt und es vermieden, in den Erläuterungen eine erschöpfende

Kasuistik zu geben oder die Bedeutung der gesetzlichen Vorschriften nach allen Richtungen hin klarzulegen. In der Regel begnügt er sich damit, nach einer kurzen Verweisung auf ältere Rechte — die gerade im Familienrecht wegen des hier stark fühlbaren Fortwirkens des früheren Rechtszustands auch dem Praktiker willkommen sein wird — Grund und Zweck der einzelnen Bestimmungen darzulegen und dann einzelne besondere wichtige Fragen zu erörtern. Zuweilen nur gehen die Erläuterungen etwas mehr in die Breite und nehmen im Streite der Meinungen kurz, aber mit guter Begründung Stellung (vgl. z. B. §§ 1297, 1333, 1348 bis 1352, 1365 — 1370, 1567 bis 1569). An anderen Stellen hat man dagegen den Eindruck, als wäre der Verfasser in der Zurückhaltung etwas zu weit gegangen; so ist z. B. der schwierige Abschnitt „Eheliche Abstammung" (§§ 1591 bis 1600) gar zu mager ausgefallen. Vielfach wurden inhaltlich zusammengehörende Paragraphen mit einer gemeinsamen Erläuterung versehen. Dieser Umstand in Verbindung mit der Kürze und mit der klaren, einfachen Ausdrucksweise macht das Buch zum Studium und zur raschen Orientierung über Hauptgrundsätze geeignet: ein nicht zu unterschätzender Vorzug gegenüber anderen Werken, bei denen die Masse des Gebotenen schließlich erdrückend wirkt. von der Pfordten.

Notizen.

Die künftige Behandlung der Nebenkautionen in der Zwangsversteigerung. Der in Nr. 9 S. 192 besprochene Entwurf eines Gesetzes, betr. die Ueberleitung von Hypotheken, ist von den Kammern des Landtags genehmigt worden. Da in der Abhandlung in Nr. 10 S. 193 ff. auf Schwierigkeiten hingewiesen wurde, die sich möglicherweise bei der Anwendung des Gesetzes in der Zwangsversteigerung ergeben könnten, ist es vielleicht nicht unangebracht, noch einmal auf einige der dort erörterten Fragen zurückzukommen.

Die Frage, ob ein Anmeldungszwang hinsichtlich der unter die Nebenkautionen fallenden Ansprüche besteht und wie zu verfahren ist, wenn keine Anmeldung erfolgt, dürfte keine sonderliche praktische Bedeutung haben. In der Regel wird der Berechtigte bei der nach §§ 45, 114 ZwVG. ihm obliegenden Anmeldung der Rückstände an wiederkehrenden Leistungen seines Hauptrechts auch die von der Nebenkaution gedeckten anmelden. An der Unterlassung der Anmeldung letzterer hat er kein Interesse. Der Notar und der Verteilungsrichter können übrigens darauf hinwirken, daß der Gläubiger angibt, inwieweit die Kaution ausgefüllt ist. Nur in ganz seltenen Ausnahmefällen wird er die Angabe verweigern oder außerstande sein, Aufklärung zu geben.[1]) Notar und Vollstreckungsrichter werden auch wohl kaum jemals sich darüber schlüssig machen müssen, ob die Nebenkaution ein (aufschiebend oder auflösend) bedingtes Recht ist und ob daher an eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 50 ZwVG. (Nachzahlungspflicht des Erstehers) gedacht werden kann. Denn man kann die durch die Nebenkaution an sich bewirkte Belastung des Grundstücks getrost mit Null ansetzen und den Satz vertreten, daß der Ersteher mit ihr einen Passivposten nur in Höhe der im Augenblicke des Zuschlags schon auf sie entfallenen Beträge übernimmt. Denn eine *weitere* Ausfüllung der Kaution ist nur denkbar, wenn der Ersteher einer Zahlungspflicht nicht nachkommt, die er schon mit der Uebernahme des Hauptrechts sich aufgeladen hat. Die Erwägungen, die zur Vorschrift des § 50 ZwVG. geführt haben, treffen hiernach nicht zu. Wird also das Rechtsverhältnis hinsichtlich der Haupthypothek zwischen Ersteher und Gläubiger erledigt, so entsteht nicht etwa eine Nachzahlungspflicht des Erstehers für den Teil des Höchstbetrags der Nebenkaution, der in diesem Augenblicke nicht in Anspruch genommen ist. An eine Anwendung des § 50 ZwVG. wird sonach nur in dem *ganz außergewöhnlichen* Falle gedacht werden können, daß im Versteigerungsverfahren nicht ermittelt werden kann, welche Beträge auf die Kaution schon angefallen sind, der Ersteher mithin damit rechnen müßte, den ganzen Höchstbetrag zahlen zu müssen (vgl. das Nähere hierüber in der Abh. S. 198 f.). Sollte ein solcher Fall wirklich vorkommen, so wird der Notar die Bieter darauf aufmerksam zu machen haben, daß im geringsten Gebote der Höchstbetrag der Nebenkaution als Belastung steckt, auch wenn er ziffernmäßig in ihm nicht erscheint. Wenn irgendwie möglich, wird der Notar, um alle Schwierigkeiten abzuschneiden, darauf hinwirken müssen, durch Festsetzung besonderer Versteigerungsbedingungen (§ 59 ZwVG.) die in das geringste Gebot fallenden Nebenkautionen zum Erlöschen zu bringen. Sind sie nicht in Anspruch genommen, so bedarf es nur der Zustimmung des Hypothekgläubigers, die leicht zu erlangen sein wird. Sind auf sie Forderungen erwachsen, so könnte nach § 59 ZwVG. bestimmt werden, daß die entsprechenden Beträge bar zu zahlen sind. Man könnte zweifeln, ob es hierzu der Zustimmung der nachstehenden Berechtigten bedarf. Die herrschende Meinung nimmt an, daß die Zustimmung nötig ist, wenn ein im geringsten Gebote stehendes Recht durch Zahlung statt durch Uebernahme gedeckt werden soll, weil eine derartige Bestimmung die Anforderungen an die Zahlungsfähigkeit des Erstehers steigert (vgl. *von der Pfordten*, ZVG. S. 166). Aber die Sache liegt hier doch anders. Denn der Ersteher muß damit rechnen, daß auch bei Aufrechterhaltung der Nebenkaution *sofort* nach dem Zuschlag die durch die Kaution gesicherten Beträge von ihm gefordert werden; er kann nicht damit rechnen, daß ihm für so alte Rückstände noch länger Kredit gewährt wird. Es handelt sich ja um Forderungen, die ihrer Natur nach zur Barzahlung, nicht zum Stehenbleiben bestimmt sind. Man wird sich also über das erwähnte Bedenken hinwegsetzen dürfen.

Mitteilung von Anklageschriften an die Strafanstalten. Um den Verwaltungen der Strafanstalten Gelegenheit zu individueller Behandlung der Verurteilten zu geben, hat das Staatsministerium der Justiz durch eine Bekanntmachung vom 4. April 1906 (JMBl. S. 53) angeordnet, daß die Verwaltungen einen Abdruck der Anklageschrift von der Staatsanwaltschaft erhalten sollen, wenn die Vollstreckung einer vor dem Schwurgericht erkannten Strafe eingeleitet wird. Der erforderliche Abdruck soll schon bei der Einreichung der Anklageschrift hergestellt werden. Ergeben sich in der Hauptverhandlung Umstände, die von den in die Anklageschrift aufgenommenen Ergebnissen abweichen und sind sie von Bedeutung für die Beurteilung des Täters, so soll der mit der Vertretung der Anklage betraute Staatsanwalt dafür sorgen, daß sie zur Kenntnis der Verwaltung gelangen.

485

Zur gefl. Beachtung! Die Herren Mitarbeiter werden höfl. gebeten, **alle Einsendungen und Zuschriften** an die Adresse des Verlags: **München, Lenbachpl. 1** richten zu wollen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

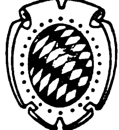
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 12. München, den 15. Juni 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Reumiller** in München.

VI. Wie erlangt der Gegner aus einer hinterlegten Sicherheit oder Streitsache Befriedigung?

Die Novelle zur ZPO. hat in den §§ 109 und 715 lediglich die Rückgabe einer Sicherheit an den Hinterleger durch Einführung eines abgekürzten Beschlußverfahrens geregelt. Nach wie vor mangeln demnach Vorschriften über die Befriedigung des Gegners aus derartigen Sicherheiten sowie überhaupt hinsichtlich der Ausübung der beiderseitigen Parteirechte nach Hinterlegung des Streitgegenstandes, Versteigerungserlöses oder gepfändeten Geldes. Nur mittelbar gibt § 109 ZPO. einen Fingerzeig über die Befriedigungsform aus einer Sicherheit, indem dort die Gegenpartei auf „die Klage wegen ihrer Ansprüche" verwiesen wird. Gemeint ist damit wohl eine dem § 1233 Abs. 2 BGB. entsprechende Duldungs- oder Einwilligungsklage; denn unzweifelhaft wird für den Gegner entsprechend dem § 233 BGB. an der Sicherheit ein gesetzliches Pfandrecht begründet.[1]) Dieses gesetzliche Pfandrecht haftet entweder unmittelbar an den hinterlegten, gesondert aufbewahrten Geldstücken oder Wertpapieren oder aber, sofern diese in das Eigentum des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt übergegangen sind, an der Rückforderung des Hinterlegers.[1]) Gedacht ist allerdings bei Erwähnung dieser Klage als Hemmungsbehelf gegen die Kautionsrückgabe (wie überhaupt im § 109) zunächst an solche Fälle, in denen ein derartiges Klagerecht des Gegners materiell nicht besteht, weil der Fall gar nicht eingetreten ist, für den die Sicherheitsleistung bestimmt war.[2]) Das Hauptbeispiel bietet eine Schuldnerkaution zur Abwendung der Vollstreckung,

[1]) Dieses Pfandrecht ist ein gesetzliches, weil die §§ 232 ff. BGB. auf Sicherheiten aller Art Anwendung finden (Mot. BGB. I 387) sodaß es einer Verweisung hierauf im § 108 ZPO. nicht mehr bedurfte. Es entsteht im Gegensatz zu sonstigen gesetzlichen Pfandrechten (vgl. die Kommentare zu § 1257 BGB.) auch an fremden Wertpapieren ohne Zustimmung des Eigentümers, weil der Gegner vor den Ansprüchen Dritter, insbesondere (also nicht bloß) im Konkurse geschützt werden sollte (Mot. BGB. I 389). Der Dritte kann aber die Sicherheit auch mit der Wirkung hinterlegen, daß sie nach Freiwerden an ihn zurückgelangt; dazu bedarf es nur eines entsprechenden Vermerks in der Hinterlegungserklärung (§ 185 BGB.; JurWSch. 1900 S. 80; 1904 S. 375; Rspr. d. OLG. 7, 330). Kautionssteller ist aber auch hier der Schuldner und das Pfand ein gesetzliches, nicht ein durch Rechtsgeschäft bestelltes. Weiß der Gläubiger, daß die Kautionserrichtung mit fremden Wertpapieren ohne Zustimmung des Eigentümers geschah, so steht seinen Befriedigungsmaßregeln die Einrede der Arglist (RGE. 57, 372) entgegen.

[1]) Nach § 47 HO. geht kassenmäßiges oder in kassenmäßiges umgesetztes Geld in das Eigentum der K. Bank als Hinterlegungsstelle über; nicht kassenmäßiges Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten werden gesondert verwahrt. Aus § 7 HO. ergibt sich, daß unter kassenmäßigem Geld auch inländische Banknoten und Reichskassenscheine mitverstanden sind (vgl. § 128 II Gesch. A. f. GB.). Bei den amtsgerichtlichen Hinterlegungsstellen sind alle hinterlegten Gelder gesondert eingehüllt zu verwahren (§ 8 HO.; § 4 Geschäftsf.-Vorschr.). Eine Bestimmung über Eigentumserwerb des Staats enthält die HO. hier selbst für den Fall nicht, daß die erlegten Geldstücke bei der K. Bank verzinslich angelegt werden, also das Sondereigentum des Hinterlegers daran untergeht (vgl. Staudinger-Kober, Komm. z. BGB. Bd. 3 S. 193, 206). Daraus, sowie aus Abs. 1 Satz 3 des § 8 HO. (Versendung auf Gefahr des Hinterlegers) muß geschlossen werden, daß hier mindestens mit Rückkunft des zurückgezogenen Geldes dieses wiederum in das Eigentum des Hinterlegers übergeht, wie es ja auch wieder gesondert zu verwahren ist (vgl. hierüber Kober a. a. O. S. 182), während im Falle des § 47 HO. das Eigentum erst mit der Auszahlung selbst unmittelbar auf den (mit dem Hinterleger nicht immer identischen) Empfänger übertragen wird.

[2]) Die Veranlassung zur Sicherheitsleistung im Sinne des § 109 ist ja erst dann weggefallen, wenn die Möglichkeit eines Schadens für die Zukunft ausgeschlossen und ein allenfalls für die Vergangenheit möglicher Schaden feststellbar ist (RGE. 50, 376). Letzteres kann auch durch Erklärung des Kautionsstellers im Antrag nach § 109 geschehen; insoweit hat aber das Prozeßgericht keine Herausgabezuständigkeit, sondern nur die Hinterlegungsstelle selbst. Das Nämliche gilt nach Beibringung des im § 109 ZPO. selbst vorgesehenen Urteils. Damit steht insoweit fest, daß § 109 nicht platzgreifen kann und der Rückgabeantrag zur Abweisung reif ist, falls diese nicht ohnehin schon nach Fristablauf geschehen

wenn die Klage rechtskräftig abgewiesen ist. Hier ist offenbar, daß dem Kläger keinerlei Ansprüche auf die Kaution zustehen können; gleichwohl verweist § 109 den Beklagten auf das Aufforderungsverfahren und eröffnet damit dem Gegner innerhalb dieses Verfahrens die Möglichkeit, durch eine frivole Klage chikanöse Weiterungen zu verursachen.

Es ginge aber zu weit, aus dieser Hereinziehung des Klageweges im Texte des § 109 schließen zu wollen, daß dies der einzige Weg sei, um Befriedigung aus einer Prozeßkaution zu erlangen. Dies wäre ebenso verfehlt wie die Annahme, der Hinterleger könne nur mittelst des Verfahrens nach § 109 wieder in den Besitz seiner Kaution kommen. In letzterem Punkte ergibt sich das Gegenteil ausdrücklich aus der Begründung (S. 90) zu § 101 a (= jetzt 109), wonach die Befugnis der Hinterlegungsstelle nicht berührt werden soll, nach Maßgabe der für sie geltenden Bestimmungen eine Sicherheit auch ohne gerichtliche Anordnung zurückzugeben. Das Beschlußverfahren nach §§ 109, 715 ZPO. wurde nur deshalb eingeführt, um ohne förmliche Zulassung des Rechtswegs gegen die Hinterlegungsstellen eine gerichtliche Entscheidung über die Rückgabe erlangen zu können. In obigem Falle rechtskräftiger Klagsabweisung ist auch die Hinterlegungsstelle recht wohl in der Lage, auf Vorlage des Urteils samt Rechtskraftzeugnis im Zusammenhalt mit dem Inhalt der Hinterlegungserklärung die Rückgabereife selbständig und ohne Gerichtsbeschluß festzustellen (§§ 23 ff. HO.). Daß diese Befugnis selbständiger Herausgabe nicht auf diejenigen Fälle beschränkt ist, in denen die Herausgabe nach § 31 HO. gar nicht verweigert werden darf, hat das Reichsgericht bereits für das im wesentlichen gleichgelagerte preußische Recht in E. 18, 284 ausgesprochen; es entspricht dies ja auch der Natur der Sache, da sonst die Bestimmung in Abs. 2 des § 23 HO. überflüssig wäre. Man muß aber weiter gehen und behaupten, die Hinterlegungsstelle dürfe, wenn sie auch Justizverwaltungsbehörde ist und ihr außerhalb des § 31 HO. das Abweisungsrecht zusteht, von diesem Abweisungsrecht nicht willkürlich Gebrauch machen. Im Gegenteil ist anzunehmen, daß durch eine grundlose Weigerung trotz klaren urkundlichen Nachweises der Herausgabereife (§ 23 Abs. 2 HO.) nach Erschöpfung des Instanzenzugs (§ 10 HO.) und vorbehaltlich der Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (Art. 7 VHGG.) die Staatshaftung nach Art. 60 AG. z. BGB. für Mehrkosten und Zinsverlust begründet wird.[1]) Allerdings ist dieser urkundliche Nachweis nicht immer möglich und im Zweifel verweigert die Hinterlegungsstelle mit Recht die Rückgabe. So wird z. B. die dem Schuldner durch Einleitung einer später als unbegründet befundenen Vollstreckung zugegangene Kreditbeschädigung noch nicht durch Vorlage der rechtskräftigen Klagsabweisung allein liquid gestellt; der Schuldner muß vielmehr hierauf klagen,[1]) wenn er sich diesbezüglich an die vom Kläger erlegte Sicherheit halten will, obwohl ihm an ihr gemäß § 233 BGB. ein nach § 1233 oder 1282 BGB. in einfachen Formen realisierbares Pfandrecht zusteht. Es mangelt ihm eben ohne Ausklagung seines Schadens der nach § 1228 BGB. gegenüber der Hinterlegungsstelle erforderliche Nachweis, daß ein bestimmter Schaden nicht nur fällig, sondern auch in der Tat entstanden ist. Ohne Führung dieses Nachweises mittelst öffentlicher Urkunden bleibt die Sicherheit weiter hinterliegen.

Günstiger für die Erbringung solchen urkundlichen Nachweises steht die Sache für den Gläubiger, wenn der Schuldner durch Sicherheitsleistung die vorläufige Vollstreckung abgewendet oder die Aufhebung eines bereits erworbenen Pfändungspfandrechts herbeigeführt hat, dann aber das Urteil zu seinen Ungunsten rechtskräftig geworden ist. Es liegt auf der Hand und ist schon vor 1900 wiederholt ausgesprochen worden, wie mißlich solchenfalls es ist, den Gläubiger zwecks Realisation der ihm bestellten Sicherheit insbesondere von Wertpapieren auf den Weg neuerlicher Klage zu verweisen. Gleichwohl blieb vor 1900 nichts anderes übrig, zumal auch Art. 24 AG. z. ZPO. zur Faustpfandverwertung einen Vollstreckungstitel auf Verkaufsduldung erforderte und freiwillige Herausgabezustimmung eines unvertretenen Gegners nur schwer zu erlangen ist.[2]) Man half sich nun früher damit, daß man den Rückgabeanspruch des Schuldners pfänden und sich zur Einziehung überweisen ließ, sodann aber an Stelle des Schuldners die Rückgabe erwirkte, wozu man sich als Gläubiger selbst die Genehmigung gab. Die alsdann

---

[1]) Es ist daher unzulässig und vom Standpunkt des schließlich Empfangsberechtigten höchst unpraktisch, in Rubrik 3 der Hinterlegungserklärung einzusetzen: „Auf gerichtliche Anordnung". Soll damit die Weisung nach § 49 HO. gemeint sein, so ist die Bemerkung jedenfalls überflüssig.

[1]) Der erforderliche Nachweis kann aber auch im anhängigen Rechtsstreit durch einen Erstattungsausspruch nach §§ 302, 541, 600, 717 ZPO. beschafft werden. Solchenfalls ist die Gläubigerkaution in Höhe des rechtskräftigen Ersatzanspruches ohne weiteres dem Schuldner verfallen und ihm, soweit in bar geleistet, auf einfache Verfügung der Hinterlegungsstelle ohne Gehör des Gläubigers auszubezahlen (Falkmann ZwV. S. 325). Ueber die Befriedigung aus Wertpapieren s. u.

[2]) Insbesondere hat das Reichsgericht bei Schuldnerkautionen die Notwendigkeit der Klage anerkannt (E. 12, 222), während es bei der Kaution des Intervenienten im Falle schließlicher Klageabweisung versucht hat, durch eine Art vollstreckungsgerichtlicher Ueberweisung dem Pfändungsgläubiger auf kurzem Wege zu seinem Gelde zu verhelfen (E. 12, 394). Dieser Versuch muß als verfehlt angesehen werden (vgl. hiegegen insbesondere Falkmann ZwV. 1. Aufl. S. 154 ff.) und die Hinterlegungsstellen wurden in Preußen sogar angewiesen, derartigen Ueberweisungen der Vollstreckungsgerichte keine Folge zu leisten, weil ihnen die Zuständigkeit hiefür mangele. (Verf. des Preuß. Finanzministers vom 22. Febr. 1892 in Ztschr. f. VollstrR. 1892 S. 51).

einem Gerichtsvollzieher beschlußgemäß (§ 847 ZPO.) ausgehändigten Wertpapiere wurden nach § 821 ZPO. verkauft, und so kam der Gläubiger schließlich zu seinem Gelde. Ausnahmsweise aber auch nicht; wenn nämlich der Schuldner vorher schon Konkurs gemacht oder den Rückgabeanspruch anderweitig zediert oder verpfändet hatte, oder ein dritter mit der Pfändung dieses Rückgabeanspruches zuvorgekommen war, versagte dieses Auskunftsmittel. Dann pfändete man entweder den Schuldner einfach ohne Rücksicht auf die erlegte Kaution neuerlich aus [1]) oder man mußte sich, wenn dies fruchtlos war, zur förmlichen Realisationsklage bequemen, deren Erfolg ja allerdings angesichts des erworbenen Absonderungsrechts durch spätere Ereignisse nicht mehr beeinträchtigt werden konnte.

Immerhin gelangte man mittels solcher Forderungspfändung in der Regel zu seinem Gelde, und zwar leidlich rasch und ohne erhebliche Mehrkosten. Daß die ganze Prozedur eigentlich den wahren Sachverhalt umkehrt und die bezüglichen Gläubigererklärungen näher betrachtet sogar recht gefährlich sind,[2]) darüber zerbrach man sich den Kopf nicht viel.

Man sollte nun meinen, daß seit 1. Januar 1900 dieses zweifelhafte Auskunftsmittel entbehrt werden könnte, weil die Pfandverwertungsvorschriften des BGB. dem Gläubiger anscheinend einen viel einfacheren Weg zur Befriedigung aus der für ihn erlegten Kaution gewähren, sobald sein Vollstreckungstitel rechtskräftig geworden ist. Diese Kaution haftet ihm als gesetzliches Pfand (§ 233 BGB.) für die Urteilssumme in Haupt- und Nebensache, gleichgültig, ob eine Vollstreckung versucht wurde oder nicht (RGE. 12, 222).[3]) Demnach hat der Gläubiger, wenn **Geld** hinterlegt worden und in das Eigentum des Staats (der Hinterlegungsanstalt) übergegangen ist, das Recht, zur Deckung seines urteilsmäßigen Guthabens die ihm als Pfand haftende Erstattungsforderung des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle einzuziehen (§§ 1282, 1288 Abs. 2 BGB.). Diese Einzugsberechtigung weist er der Hinterlegungsstelle durch Vorlage des rechtskräftigen Urteils nach (§§ 1228 BGB., 23 Abs. 2 HO.)[1]) Das nämliche Verfahren muß platzgreifen, wenn die als Sicherheit hinterlegten Geldstücke gesondert aufbewahrt wurden, sohin das gesetzliche Pfandrecht des Gläubigers an ihnen unmittelbar fortbestand. Das BGB. enthält zwar über ein solches reines Geldpfand keine besondere Vorschrift; jedenfalls kann aber die Befriedigung hieraus nicht umständlicher sein als aus einer verpfändeten Geldforderung (Staudinger-Kober, Komm. z. BGB. Bd. 3 S. 570). Das Einzugsverfahren ist keine Vollstreckungshandlung; das Urteil mit Rechtskraftzeugnis dient hiebei lediglich als Beweismittel des Eintritts der Kautionsbedingung. Demnach bedarf es hierzu auch keiner Vollstreckungsklausel. Proteste des Schuldners sind an sich unbehelflich, so lange er nicht seinerseits durch öffentliche Urkunden das Erlöschen des Klageguthabens dartun kann. Ein prozeß- oder vollstreckungsgerichtliches Mandat ist nicht vorgesehen, nach Obigem auch entbehrlich.

Besteht dagegen die Sicherheit in **Wertpapieren**, die nicht in das Eigentum des Staats oder der Bank übergehen,[2]) — insbesondere also in Staats- oder Gemeindeobligationen, Pfandbriefen, — so steht dem Gläubiger das gesetzliche Pfandrecht nach dem klaren Wortlaut des § 233 BGB. nicht etwa bloß an dem Herausgabeanspruch des Schuldners als Rechtspfand, sondern an den Wertpapieren selbst als Sachpfand zu.[3]) Diese sind also nach Rechtskraft des gesicherten Guthabens gemäß §§ 1235 Abs. 2 mit 1221 BGB. ebenso wie ein sonstiges Faustpfand zu veräußern, d. h. zu versteigern oder zum Markt- oder Börsenpreise zu verkaufen. Hiebei können von vorneherein nicht die Bestimmungen der ZPO. über die Vollstreckung Anwendung finden, sondern nach § 1257 BGB. diejenigen über Veräußerung eines rechtsgeschäftlich bestellten Pfands, also beiläufig ebenso wie bei Realisierung des gesetzlichen Vermieterpfandrechts. Das Hauptbedenken hiegegen besteht wohl wegen der Anwendbarkeit der einmonatigen Veräußerungsfrist von der Verkaufsandrohung ab, da in der ZPO. bei Versteigerungen nur eine einwöchige,[4]) bei freihändigem Verkaufe von Wert-

[1]) Eine dem neuen § 777 entsprechende Vollstreckungsbeschränkung fehlte dem bayerischen Recht, seitdem ab 1. Juli 1870 der § 71 der Ger.-O.-Nov. vom 17. Nov. 1837 aufgehoben war.

[2]) Der Gläubiger gibt damit zu, daß ihm die Sicherheit nicht oder nicht mehr haftet. Nun kann aber der Schuldner über seinen Rückgabeanspruch längst durch Abtretung wirksam verfügt haben (§§ 931, 398 BGB.), ohne daß dies dem Gläubiger oder der Hinterlegungsstelle zunächst bekannt geworden ist. Daraus entsteht für den Gläubiger bei unvorsichtigem Vorgehen (z. B. ohne Verlangen einer Drittschuldnererklärung) eine große, auch durch §§ 408 BGB. nicht durchweg vermeidbare Gefahr.

[3]) Reine Einstellungskautionen, die das bereits entstandene Pfandrecht nicht beeinträchtigen, haften nicht für die Streitsumme (RG. in JWS. 1900 S. 80 zu § 766).

[1]) Auf den Rest ist dann zugunsten des Schuldners § 109 ZPO. anwendbar, da dessen Haftung weggefallen ist. Von Amts wegen betätigt die Hinterlegungsstelle keinerlei Auszahlung; bei mehrfachen Pfändungen kann sie bei sich selbst nach § 853 ZPO. hinterlegen und sich damit befreien. Allenfallsige Kompensationsposten muß der Gegner nach § 767 ZPO. geltend machen; von Amts wegen berücksichtigt sie die Hinterlegungsstelle nicht, auch nicht im Falle der Kostenteilung.

[2]) Vgl hierüber Anm. 1

[3]) Dieser Unterschied tritt in der Darstellung Falkmanns (ZwB. S. 325) zu wenig hervor, weil dort unterschiedslos auf § 1282 BGB. verwiesen ist.

[4]) In Bayern nach § 111 GeschA. f. GVollz. regelmäßig vierzehn Tage; über ein Monat nur aus besonderen Gründen.

papieren sogar überhaupt keine Zwischenfrist besteht.[1]) Diese Verzögerung des Verfahrens ist insbesondere dann mißlich, wenn durch die Sicherheitserlage ein bereits bestehendes Pfändungspfandrecht zur Aufhebung gekommen ist; denn wenn dieses Pfandrecht bestehen geblieben wäre, so hätte der Gläubiger alsbald nach Rechtskraft die Vollstreckung weiter betreiben können und wäre dann zweifellos früher als nach § 1234 BGB. in den Besitz seines Geldes gekommen.

Andererseits ist die an sich sachgemäße Androhung des Verkaufs allein ohne Verkaufsfrist praktisch wertlos und sinkt auf die Verkaufsverständigung des § 1237 herab, für die aber ebensowenig wie in der ZPO. eine Zwischenfrist vorgesehen ist. Auch eine Unterscheidung bei der Kautionsrealisierung, je nachdem eine Pfändung vorangegangen oder nicht, erscheint kaum berechtigt. Im Gegenteil muß aus der Fähigkeit des Schuldners, alsbald Kaution zu stellen, geschlossen werden, daß eine Pfändung auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit und eventuellen Offenbarungspflicht zu dem gleichen Ergebnisse geführt hätte.

Die hienach allerdings wünschenswerte Annäherung an die Vollstreckungsvorschriften kann nun jedenfalls nicht dadurch erreicht werden, daß man das Befriedigungsverfahren hinsichtlich der Kaution einfach mittelst kühner Analogie als Vollstreckung konstruirt. Dazu fehlt jede Handhabe, zumal ein Pfändungspfand an Mobilien ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers, an Forderungen ohne Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts schlechterdings nicht denkbar ist. Die in RGE. 12, 394 versuchte Analogie einer Vollstreckungsüberweisung des Depots hat heute, wo das BGB. (wie früher schon das gemeine Recht im Gegensatz zum PrLR.) auch beim Vertragspfand an Forderungen dem Pfandgläubiger die unmittelbare Einzugsbefugnis verleiht, — noch weniger Berechtigung als früher. Die ZPO. kennt keinen Ueberweisungsbeschluß ohne Pfändungsbeschluß. Auch mittelst entsprechender Auslegung des § 1233 Abs. 2 BGB. kann die erwähnte Angleichung an die Vollstreckungsnormen kaum erreicht werden. Allerdings besteht die Ansicht, daß der Gläubiger durch § 777 ZPO. insofern auf die Kaution verwiesen ist, als der Schuldner anderweitiger Vollstreckung widersprechen kann. Soweit diese Meinung richtig ist,[2]) könnte man immerhin das Urteil dahin interpretieren, daß es eigentlich kraft Gesetzes auf Zahlung zunächst aus dem Pfand lautet und damit einen Titel zum Verkauf im Sinne des § 1233 Abs. 2 bildet. Allein abgesehen von der Zweifelhaftigkeit der gedachten Auslegung des § 777 erscheint eine solche Verwendung des Abs. 2 des § 1233 BGB. doch recht bedenklich, weil damit der Unterschied zwischen Duldungs- und Leistungstitel ganz verwischt würde. Soviel ist allerdings zuzugeben, daß der Gläubiger gut tut, sich einen solchen urteilsmäßigen Realisierungsausspruch durch Klagserweiterung zu verschaffen, wenn nach der Sicherheitsleistung weitere mündliche Verhandlung stattfindet. Ist aber dies nicht der Fall, z. B. wenn der Schuldner zwar Kaution gemäß § 713 Abs. 2 leistet, aber Berufung nicht einlegt, so versagt der eben angedeutete Ausweg von vorneherein, und es erübrigt nur etwa aus § 1257 BGB. zu schließen, daß die „entsprechende" Anwendung der Vorschriften über die Befriedigung aus einem Vertragspfand eben dazu führen müsse, alles auszuscheiden, was den bei direkter Vollstreckung bestehenden Gläubigerrechten zu stark entgegenwirkt.[1]) Auf diesem Wege wäre es allenfalls möglich, die Versteigerungsfrist wegzuinterpretieren, wenn auch so viele erhebliche Zweifel und Unsicherheiten in diesem Punkte bestehen bleiben, sodaß man praktisch dem Gläubiger die Nichtbeachtung dieser Frist nur entschieden widerraten könnte.

---

[1]) Vgl. jedoch Ztschr. f. VollstrR. 1903 S. 157. Hält man die Zwischenfrist lediglich als zur Erzielung eines entsprechenden Preises bestimmt (so § 111 GeschA.), so besteht in der Regel kein Grund, sie beim Verkauf zum Markt- oder Börsenpreis anzuwenden. Anders wenn man sie als eine letzte Zahlungsfrist für den Schuldner ansieht.

[2]) Soweit der Gläubiger durch die Hinterlegungsstelle körperlichen Besitz an einer beweglichen Sache übt (vgl. § 90 BGB.), die dem Schuldner gehört, besteht gegen die Anwendung des § 777 auf die Abwendungssicherheit kein Bedenken. Recht zweifelhaft ist aber die Ausdehnung des Ausdrucks „Sache" auf die dem gesetzlichen Pfandrechte des § 233 BGB. unterstehende Rückgabeforderung. Im Sinne des Sprachgebrauchs der ZPO. a. F. sind freilich Sachen auch Forderungen, im Sinne des BGB. aber nicht; dessen § 773 Abs. 2 ist aber die Vorschrift nachgebildet. Demgemäß ist der Gläubiger gerade bei Sicherstellung in Wertpapieren an anderweitiger Vollstreckung gehindert, obwohl das Pfandrecht hieran schwerer realisierbar ist als dasjenige an der Rückerstattungsforderung. Auch die Frage, wer Eigentümer des fraglichen Pfandes ist, sollte wenigstens für den Fall der Pfandgenehmigung seitens eines Dritteigentümers gleichgültig sein, ist dies aber wenigstens nach dem Gesetzeswortlaut keineswegs.

[1]) Im Kostenpunkt tritt eine erhebliche Beschwerung des Gläubigers nicht ein. Die landesrechtliche Gebühr des Gerichtsvollziehers deckt sich mit dem reichsrechtlichen Ansatze (Vdg. vom 16. Dezember 1899 § 4); eine Staatsgebühr nach Art. 257 GebG. fällt beim freihändigen Wertpapierverkauf nicht an. Die staatliche Hinterlegungsgebühr (1‰, mindestens 1 Mk.) ist für ein Jahr bei der Hinterlegung ohnehin vom Kautionssteller mitzuentrichten (§§ 3, 11 Vdg. vom 25. Dezember 1899). Die amtsgerichtlichen Protokollaranträge auf Herausgabe und die Bankweisungen sind gebührenfrei. Zweifelhaft ist dies bei den Verfügungen des ersten Hinterlegungsbeamten über Rückgabe von Depots wegen Art. 199 GebG. Die altrechtlichen Mandate galten als gebührenfrei (Hock, HB. der Fin.-Verw., Bd. 2 S. 459).

(Schluß folgt.)



Die Zusammenmessung von Grundstücken oder Grundstücksteilen.

Von Amtsrichter **Dr. Joseph Zeitler** in Waldmohr.

I. Die bayerische Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins kennt folgende zwei Arten der Zusammenmessung von Grundstücken oder Grundstücksteilen zu einem Grundstücke mit einer Plannummer: 1. Die Vermessung zweier oder mehrerer aneinandergrenzender Grundstücke, die bisher mit gesonderten Plannummern bezeichnet waren, zu einem Grundstücke mit einer Plannummer (§ 316), 2. Die Vermessung und Eintragung eines abgetrennten Grundstücksteils mit anderen Grundstücken oder mit Teilen anderer Grundstücke als ein Grundstück mit einer Plannummer (§ 318, 2. und 3. Alternative).

II. Was die rechtliche Charakterisierung dieser beiden Arten der Zusammenmessung zu einem Grundstücke anlangt, so subsumiert die Dienstanweisung die erstere Art unter den Begriff der Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstücke im Sinne des § 890 Abs. I BGB., während sie bezüglich der letzteren Art eine rechtliche Charakterisierung überhaupt nicht gibt, diese Art vielmehr lediglich unter dem Titel „sonstige Aenderungen im Bestand und in der Bezeichnung der Grundstücke" behandelt.

III. Der Grund dafür, daß die Dienstanweisung die oben unter Nr. I, 2 aufgeführte Art der Zusammenmessung nicht unter einen der Fälle des § 890 BGB. einreiht, dürfte darin liegen, daß die Dienstanweisung unter Grundstück im Sinne dieser Vorschrift nur ein Grundstück im Sinne der bayerischen Grundbuchtechnik versteht, d. h. einen räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, welcher in dem amtlichen Verzeichnis der Grundstücke (Sachregister) mit einer besonderen Nummer (Plannummer) vorgetragen ist (vgl. § 1 der kgl. V. vom 23. Febr. 1905, die Führung des Grundbuchs in den L. r. d. Rh. betr., und § 13 der Bek. des Staatsministeriums der Justiz zum Vollzug der Grundbuchordnung für die Führung des Grundbuchs in der Pfalz vom 17. Juli 1900 — Amtsblatt S. 1048 ff.). Demgemäß läßt die Dienstanweisung den räumlich abgegrenzten, nicht mit einer besonderen Plannummer versehenen Teil eines solchen Grundstücks (den sog. Grundstücksteil) nicht als Grundstück im Sinne des § 890 gelten. Denn andernfalls wäre nicht abzusehen, warum sie die Zusammenmessung zweier aneinandergrenzender Grundstücke, wenn von diesen auch nur ganz unbedeutende Flächen aus der Verbindung ausgeschlossen bleiben (etwa deshalb, weil diese Flächen zur Erzielung einer geraden Baulinie zum Straßenkörper abgehen), nicht unter die Vereinigung im Sinne des § 890 Abs. I BGB. subsumiert, sondern unter ihren § 318, was bei einer Vergleichung des Wortlauts der §§ 316 und 318 nicht bezweifelt werden kann.

IV. Die der Dienstanweisung zugrunde gelegte Auslegung des Grundstücksbegriffs im Sinne des § 890 BGB. dürfte nicht zutreffend sein. Denn nach dem Sprachgebrauch des BGB. ist unter Grundstück auch der Grundstücksteil zu verstehen. Dies beweist z. B. eine Gegenüberstellung der §§ 1094, 1105, 1113 BGB. mit § 6 GBO., da letzterer überflüssig wäre, wenn die ersteren nicht auch den Grundstücksteil treffen würden. Dies beweist ferner § 313 BGB., welcher unbestreitbar auch den Vertrag treffen will, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücksteile zu übertragen. Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber im § 890 BGB. einen abweichenden Grundstücksbegriff zugrunde legen wollte, sind nicht vorhanden.

V. Da nun die bayerische Landesgesetzgebung von der ihr in Art. 119 Ziff. 3 des EG. z. BGB. erteilten Ermächtigung, die Vereinigung mehrerer Grundstücke und die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen Grundstück zu untersagen oder zu beschränken, keinen Gebrauch gemacht hat, so ist es abgesehen von den Einschränkungen, welche § 5 GBO. sowie die auf Grund des § 96 GBO. erlassenen Vorschriften der Landesjustizverwaltung[1]) bedingen, lediglich Sache des richterlichen Ermessens des Grundbuchbeamten, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen er eine Vereinigung oder eine Zuschreibung im Sinne des § 890 BGB. für gegeben erachtet, ohne daß er hierbei an die in der Dienstanweisung aufgestellten Grundsätze gebunden ist.

VI. Bei Untersuchung dieser Voraussetzungen wird man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch mangels einer Begriffsbestimmung im Gesetze oder authentischen Auslegung 1. von einer Vereinigung bei Verbindung wesentlich gleichwertiger[2]) Grundstücke oder Grundstücksteile und 2. von einer Zuschreibung bei Verbindung eines Grundstücks oder Grundstückteils (Hauptgrundstücks) mit einem im Verhältnis hierzu minderwertigen Grundstücke oder Grundstücksteile sprechen.

VII. Die hier vertretene Auslegung steht mit der Dienstanweisung in Widerspruch. Denn die Dienstanweisung läßt eine Zusammenmessung in eine Plannummer überhaupt nicht als Vereinigung im Sinne des § 890 Abs. I BGB. gelten, wenn Grundstücksteile beteiligt sind, und sie spricht bloß dann von einer Zuschreibung, wenn das Hauptgrundstück und das zuzuschreibende

[1]) Hierher gehört die Vorschrift der Vorlegung eines Messungsverzeichnisses nebst Planbeilage.

[2]) Der Wert, nicht die Flächengröße dürfte ausschlaggebend sein.

Grundstück ihre bisherige Plannummer behalten (§ 334 Abs. I). Die hier vertretene Auslegung dagegen subsumiert die oben unter Nr. VI, 1 aufgeführten Fälle unter den Begriff der Vereinigung und die oben unter Nr. VI, 2 aufgeführten Fälle unter den Begriff der Zuschreibung.

VIII. Diese Abweichung der hier vertretenen Auslegung von der Dienstanweisung ist hinsichtlich der Folgerungen für die Führung des Grundbuchs durchaus nicht bedeutungslos. So verbietet z. B. die Dienstanweisung in Verfolgung der von ihr in den §§ 219, 227 auf Grund von § 1 Abs. II GBO. getroffenen Vorschriften über die Einrichtung des Grundbuchs den grundbuchmäßigen Vollzug der Zusammenmessung in eine Plannummer dann, wenn eine verschiedene (d. i. nicht gleichmäßige) Belastung mit Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden vorliegt, und zwar sowohl im Falle des § 316, wie im Falle des § 318. Das Verbot greift also auch dann Platz, wenn nur ein Teilstück mit Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden belastet, das andere Teilstück aber unbelastet ist. Dies ergibt sich sowohl aus den erwähnten §§ 219 und 227, sowie daraus, daß der 2. Satz von § 333 Abs. III in den §§ 316 und 318 nicht enthalten ist, also nicht eine durch logische Schlußfolgerung sich ergebende Ausnahme von dem Verbot der Eintragung bei verschiedener Belastung sein kann, daß er vielmehr, wie dies ja auch in der Dienstanweisung ausdrücklich hervorgehoben ist, lediglich eine Folge der durch §§ 1131, 1192, 1199 BGB. festgesetzten Vorschriften darstellt.

Es wäre also nach der Dienstanweisung auf Grund ihres § 318 in den oben unter Nr. VI, 2 aufgeführten Fällen der grundbuchmäßige Vollzug einer Zusammenmessung abzulehnen, wenn nur das Hauptgrundstück mit Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden belastet, das zuzuschreibende Grundstück aber unbelastet ist.

Die Folge wäre die, daß die Messungsbehörde in Fällen der vorerwähnten Art, um den grundbuchmäßigen Vollzug zu ermöglichen, von einer Zusammenmessung des Hauptgrundstückes mit dem zuzuschreibenden Grundstücke Abstand nehmen oder die bereits betätigte Zusammenmessung durch Bildung gesonderter Plannummern wieder aufheben müßte. Da nun aber die Messungsbehörde nach § 25 der Bek. des StM. der Finanzen vom 23. Febr. 1905, die Fortführung des Grundsteuerkatasters betr., (abgedruckt auf S. 257 ff. der DAnw.) die Vereinigung aneinandergrenzender Grundstücke oder Grundstücksteile unter einer Plannummer, obgleich dem grundbuchmäßigen Vollzug ein Hindernis entgegensteht, vornehmen darf, wenn aus der gesonderten Plannumerierung eine Unklarheit des Katasterplanes oder eine Verwirrung des Katastervortrags zu besorgen ist (insbesondere bei Neubauten und Gebäudeerweiterungen), und andrerseits eine Plannummernausscheidung aus katastertechnischen Gründen ablehnen kann, so wäre eine weitere Folge die, daß vielfach ein grundbuchmäßiger Vollzug überhaupt unmöglich wäre.

Diese Folgen werden vermieden, falls man mit der hier vertretenen Auslegung auch dann eine Zuschreibung im Sinne des § 890 Abs. II BGB. für gegeben erachtet, wenn das Hauptgrundstück und das zuzuschreibende Grundstück zu einer Plannummer zusammengemessen werden.

Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren.

Ein Beitrag zur Lehre vom „Augenschein" und von der „Durchsuchung".

Von **Joseph Kreß**, I. Staatsanwalt in Regensburg.

(Schluß.)

IV. Mittel zur Erzwingung der Duldungspflicht.

Die Ausführung einer Durchsuchung kann der Richter, Staatsanwalt oder Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, welcher sie angeordnet hat, selbst betätigen. Mit der Ausführung einer Durchsuchung können auch solche Polizei- und Sicherheitsbeamte, welche nicht Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind, betraut werden; vgl. auch § 187 StPO. Richter und Staatsanwälte sind befugt, die Ausführung einer von ihnen angeordneten Durchsuchung auch einem Gerichtsdiener oder Gerichtsvollzieher zu übertragen (§ 10 Ziff. 1 der bayer. Gerichtsvollzieherordnung vom 16. Dezember 1899; Löwe a. a. O. S. 380).

Einverstanden ist man — hinsichtlich der zu Gebote stehenden „Mittel" — darüber, daß die vom Gesetze zur Erzwingung des Zeugnisses und der Eidesleistung gewährten Mittel — § 69 StPO. — keine Anwendung finden können. Vgl. Glaser in v. Holtzendorffs Rechtslexikon S. 1403 f. und Handbuch Bd. I S. 464 f., 487; Rosenmeyer a. a. O. S. 48. Der Grund ist klar: Die Pflicht, Zeugnis und Eid abzulegen, hat mit der Verbindlichkeit, Augenschein und Durchsuchung zu dulden, nichts gemein, — oben III B. — Personen, welche sich des Zeugnisses entschlagen dürfen, sind damit von der Pflicht, ihren Körper besichtigen und durchsuchen zu lassen, nicht befreit. Eine allgemeine Ungehorsamsstrafe kennt unser Strafprozeß nicht (Glaser, Handbuch II S. 273 ff.).

Als einziges Mittel, die Duldungspflicht zu erzwingen, bleibt nur die unmittelbare, physische Gewalt. Sie genügt auch; denn zur Erzwingung eines pati ist vis absoluta das selbstverständliche, daher einer besonderen Regelung nicht bedürftige, naturgemäße, nicht versagende

Mittel, vgl. oben II C b. Auch dies ist unbestritten, vgl Rosenmeyer, „Gerichtssaal" Bd. 63 S. 47 ff.; Friedrichs, Zeitschr. f. deutschen Civilprozeß Bd. 19 S. 394 ff. Dieser Schriftsteller räumt dem Gerichte das Recht ein: „den Betroffenen an den nächsten zur Beweisaufnahme geeigneten Ort zu führen und dort die Untersuchung zwangsweise vorzunehmen, bzw. vornehmen zu lassen. Solcher Zwang sei zulässig, weil unentbehrlich und nicht verboten. Eine Verhaftung des zu Untersuchenden sei unzulässig".

Letzteres ist selbstverständlich, insofern die Verhaftung lediglich den Zweck verfolgt, sich der Person des zu Besichtigenden und zu Durchsuchenden behufs Durchführung der Maßregel zu versichern; denn unsere StPO. führt die Fälle, in denen Verhaftung zum Zwecke der Ermöglichung eines sicheren, ungestörten Fortgangs des Verfahrens zulässig ist, erschöpfend auf — §§ 50, 69, 95, 112, 113, 127, 215, 229.

Die Maßregel des § 81 StPO. trifft nur den „Angeschuldigten", vgl. auch Haberstumpf, Justizdienstliche Rundschau III S. 243.

Dem Zwangsmittel der physischen Gewalt stehen in gewissem Sinne ergänzend zwei weitere Zwangsmaßregeln zur Seite. Dem Beamten, welcher außerhalb des Amtslokals den Augenschein einnimmt oder die Durchsuchung betätigt bzw. betätigen läßt, steht das Mittel der Festhaltung und Festnahme solcher Personen zu Gebote, welche seine amtliche Tätigkeit vorsätzlich stören oder sich den von ihm innerhalb seiner Zuständigkeit getroffenen Anordnungen widersetzen (§ 162 StPO.).

Der Untersuchungsrichter, requirierte Amtsrichter und beauftragte Richter ist gleich dem erkennenden Richter befugt, zur Aufrechthaltung der Ordnung bei Vornahme des Augenscheins und der Durchsuchung von den Mitteln der §§ 178, 179, 180 GVG. Gebrauch zu machen, vgl. auch § 182 l. c., § 246 Abs. 2 StPO.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der zu Besichtigende und zu Durchsuchende, wenn er sich der Prozedur lediglich widersetzt, damit sich einer Störung der amtlichen Tätigkeit oder einer Widersetzung gegenüber einer getroffenen Anordnung im Sinne des § 162 nicht schuldig macht, ebensowenig als er damit einem zur Aufrechthaltung der Ordnung erlassenen Befehle nicht gehorcht (§ 178 GVG.) oder damit allein eine Ungebühr begeht (§ 179 GVG.).

Diese beiden Zwangsmitttel (§ 162 StPO., §§ 178, 179 GVG.) können und wollen überhaupt jenen Widerstand, welcher gegen die Vornahme einer Amtshandlung seitens desjenigen, der Objekt dieser Handlung ist, geleistet wird, als solchen nicht treffen. Dieser Widerstand richtet sich nicht gegen „einen zur Aufrechthaltung der Ordnung" erlassenen Befehl, sondern direkt gegen die Amtshandlung selbst, sonach scheidet § 178 GVG. aus; er stellt auch an sich keine „Ungebühr" dar, weshalb auch § 179 l. c. nicht Anwendung findet. Um „vorsätzliche Störung einer amtlichen Tätigkeit" und um „Widersetzung gegenüber getroffenen Anordnungen" im Sinne des § 162 StPO. handelt es sich ebensowenig; denn sonst wäre die ganze Frage, ob, um konkret zu sprechen, der Augenschein als solcher erzwingbar sei, unnötig; dann brauchte man überhaupt die Frage, ob eine amtliche Anordnung erzwingbar sei, gar nicht aufzuwerfen, mit § 162 wäre alles zu erzwingen — insbesondere auch die dem Staatsanwalt nach § 159 StPO. eingeräumte Befugnis, die aber sicherlich — so hat es das Gesetz bestimmt — unerzwingbar ist.

Allerdings können die fraglichen Zwangsmittel bei Durchführung des Augenscheins und der Durchsuchung dann Anwendung finden, wenn die Art des Widerstandes — Schreien, Schlagen usf. — den Richter zu einer Anordnung — Schweiggebot ꝛc. — veranlaßt und dieser Anordnung keine Folge geleistet wird.

V. Die körperliche Besichtigung und Durchsuchung unter Zuziehung von Sachverständigen.

Diese Zuziehung, welche — mit 2 Ausnahmen §§ 87, 91 StPO., Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 176 — in das Ermessen des Richters gestellt ist, kann in verschiedener Form erfolgen:

1. Der Sachverständige wird nur als Richtergehilfe zugezogen. In diesem Falle ist er nicht selbst „Beweismittel", gibt kein Gutachten im Sinne der §§ 72 ff. StPO. ab, fungiert also nicht als Sachverständiger im Sinne dieser Gesetzesbestimmungen, sondern ermöglicht nur dem Richter die Besichtigung, setzt ihn durch seine sachverständige Unterstützung lediglich in den Stand, selbst wahrzunehmen, indem er ihm z. B. die Beschaffenheit einer Wunde, Narbe, die Lage einer Kugel oder eines sonstigen Fremdkörpers am oder im Leibe des Verletzten erklärt und damit bewirkt, daß der Richter korrekt sehen, das ihm vorliegende Material richtig beurteilen kann.

2. Der Sachverständige wird beigezogen, auf daß er mit und neben dem Richter gleich diesem selbständig Wahrnehmungen mache z. B. zu dem Zwecke, um ein demnächst abzugebendes Gutachten darauf aufzubauen. Beispiel: Der Mißhandelte, der infolge der Schläge in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfallen sein soll, wird darauf vom Richter und vom Arzt besichtigt. Ersterer konstatiert die wahrnehmbaren Spuren: den blöden Gesichtsausdruck, die lallende Sprache usw.; letzterer zieht dann aus dem Wahrgenommenen den Schluß: „Der Mann ist infolge der Schläge siech ꝛc. geworden". Es liegt sonach hier eine Kombination von Augenschein und Expertise, also von zwei selbständigen Beweismitteln vor.

3. Der Sachverständige wird beigezogen, um in Anwesenheit und unter Leitung des Richters — § 78 StPO. — allein zu beobachten und damit die Grundlage für sein von ihm erforderliches Gutachten zu gewinnen. In diesem Falle kommt nur ein Beweismittel zur Benützung, der Sachverständige; es liegt ausschließlich Sachverständigenbeweis vor. Dieser Fall unterscheidet sich nicht

4. von jenem, in welchem der Richter an der Untersuchung des Körpers gar nicht teilnimmt, vielmehr diese ausschließlich dem Sachverständigen überläßt. In diesem Fall ist allerdings der Ausdruck „Zuziehung" nicht mehr am Platze. Die Fälle unter 3 und 4 liegen strenge genommen außerhalb des Rahmens unseres Themas — oben: „Begriff" —. Denn hier ist nicht mehr die Substanz des Menschen „Beweismittel", sondern der Sachverständige; nicht die Beschaffenheit des substantiellen Menschen liefert Beweis, sondern die Aussage des Experten; es liegt kein sachliches sondern ein persönliches Beweismittel vor.

Diese Fälle werden nur deswegen mit hereingenommen, weil sie bezüglich der hier erörterten Fragen gleich zu behandeln sind den Fällen unter 1 und 2. Es gelten nämlich für die unter Zuziehung von Sachverständigen oder ausschließlich durch Sachverständige vorgenommene körperliche Besichtigung in Gestalt des einfachen oder potenzierten Augenscheins (Durchsuchung) die nämlichen Grundsätze, wie sie bezüglich der allein vom Richter betätigten Augenscheinseinnahme entwickelt worden sind, sodaß einfach auf die früheren Ausführungen verwiesen werden kann. Wie die rein richterliche Augenscheinseinnahme kann auch die Untersuchung durch Sachverständige oder unter Zuziehung von Sachverständigen erzwungen werden.

Auch in diesen Fällen ist die Duldungspflicht nur an die Schranken der §§ 102, 103 gebunden, sobald Besichtigung mit Durchsuchung zusammenfällt oder erstere durch letztere ermöglicht wird.

Der dritte Unbeteiligte ist nach § 103 StPO. der Untersuchung durch Sachverständige oder unter Zuziehung von Sachverständigen im gleichen Umfang unterworfen, in dem er die rein richterliche Untersuchung dulden muß. Editions- und Zeugnispflicht sind ohne Einfluß auch auf diese Art von Untersuchung. Bezüglich ihrer Intensität gelten ebenfalls die unter III C entwickelten Grundsätze.

Mit den gleichen Mitteln, mit denen der reine richterliche Augenschein erzwungen wird, kann auch die Untersuchung durch Sachverständige durchgesetzt werden. Das Reichsgericht nimmt den gleichen Standpunkt ein und hat dies in zwei Urteilen zum Ausdruck gebracht:

a) Urteil vom 11. Juni 1886 — Entsch. Bd. 14 S. 193: „Der mit der Besichtigung beauftragte Sachverständige kann zur Durchführung des Auftrags eine weitere Zwangsgewalt nicht in Anspruch nehmen, als seinem Auftraggeber, dem Richter, zustehen würde, wenn dieser in eigener Person die Besichtigung vornähme. Die Pflicht zur Duldung einer ärztlichen Besichtigung geht daher über die Grenzen der Verpflichtung, den richterlichen Augenschein zu dulden, nicht hinaus."

b) Urteil vom 18. September 1902 enthalten im „Recht" Jahrg. 1902 S. 514: „Dem mit der Besichtigung (des Körpers einer Person) beauftragten Sachverständigen stehen zu der Durchführung des Auftrags keine weiteren Zwangsmittel zur Seite als seinem Auftraggeber, dem Richter. Die Pflicht zur Duldung einer ärztlichen Besichtigung geht daher über die Grenzen der Verpflichtung, den richterlichen Augenschein über sich ergehen zu lassen, nicht hinaus"[1]).

Anhang:

Die Kommission für die Reform des Strafprozesses.

A. Parlamentarische Vorgeschichte.

Das Urteil des Reichsgerichts vom 11. Juni 1886, welches auch die Untersuchung Unverdächtiger für zuläßig und erzwingbar erklärte, stieß nicht bloß in der Literatur, sondern auch im deutschen Reichstag auf heftigen Widerspruch.

Am 13. Dezember 1895 wurde dem Reichstag der Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der StPO. vorgelegt und zunächst einer Kommission überwiesen. Die Vorlage enthielt einen die Aenderung der bestehenden, Augenschein und Durchsuchung betreffenden Bestimmungen bezielenden Antrag nicht. Bereits in der ersten Lesung der Kommission wurde der Antrag gestellt, zu beschließen — Antrag A:

„Die Untersuchung des Körpers einer Person zum Zweck der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung gegen den Willen der Person ist unzuläßig."

Ein weiterer Antrag ging dahin — Antrag B: „Die körperliche Untersuchung von Frauenspersonen ist im Falle der Verfolgung von aus Abschnitt XIII des Strafgesetzbuchs strafbaren Handlungen gegen deren Willen unzuläßig." Dieser Antrag wurde angenommen. Die Antragsteller wiesen übereinstimmend darauf hin, „daß es im Hinblick auf das reichsgerichtliche

[1]) Die sonderbare Aufstellung v. Holtzendorffs in seinem Handbuch I S. 324 f., man sei nur gehalten, sich durch Sachverständige untersuchen zu lassen, könne dagegen eine richterliche Besichtigung ablehnen, hat, wie Beling in der Zeitschr. a. a. O. S. 494 mit Recht bemerkt, keinerlei Titel für sich. Gleicher Meinung auch Glaser in seinem Handbuch II S. 291 Anm. 25. v. Holtzendorff hat übrigens den Versuch einer Begründung gar nicht unternommen.

Urteil vom 11. Juni 1886 notwendig sei, die Unzulässigkeit zum gesetzlichen Ausdruck zu bringen".

Der in erster Lesung abgelehnte Antrag A wurde in zweiter Lesung wieder eingebracht, jedoch abermals abgelehnt. Die Kommission ging noch darüber hinaus und hob auch ihren Beschluß erster Lesung wieder auf, sodaß es hiernach bei den bestehenden Bestimmungen sein Verbleiben hatte. Nun brachte Rintelen zur II. Beratung des Entwurfs im Plenum folgenden Antrag ein: „Der Reichstag wolle beschließen, dem § 103 StPO. folgenden dritten Absatz zuzufügen:

„Die Untersuchung des Körpers einer Person zum Zwecke der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung gegen den Willen der Person ist unzulässig."

Dieser mit dem in der Kommission abgelehnten Antrag A gleichlautende Antrag kam in der Sitzung vom 23. November 1896 zur Beratung und fand Annahme. Die „Für" und „Wider" angeführten Gründe lassen sich, wie folgt, zusammenfassen:

Für den Antrag wurde geltend gemacht:

1. Nach der Fassung des § 103 StPO. sei die Durchsuchung der Person Unverdächtiger überhaupt unzulässig. Die gegenteilige Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Juni 1886 sei direkt contra legem.

2. Der Körper eines Menschen sei das, worüber er allein zu verfügen habe, soweit nicht positive gesetzliche Bestimmungen einen Eingriff gestatteten.

3. Unverdächtige Personen zwangsweise am Körper zu untersuchen, dazu liege ein vernünftiger sittlicher Grund nicht vor. Jede solche Gewalt sei ein „Attentat auf die Freiheit, die Sittlichkeit, die Ehre eines freien, unbescholtenen, unverdächtigen Staatsbürgers" (Rintelen), verletze überdies — insbesondere bei Frauenspersonen — das Schamgefühl.

4. Es sei eine Anomalie, daß unter Umständen der Verletzte zwar das Zeugnis verweigern dürfe, dagegen zur Duldung der körperlichen Untersuchung gezwungen werden könne.

Der Antrag wurde bekämpft mit folgenden Argumenten:

1. Eine körperliche Untersuchung sei im Strafverfahren vielfach zur Feststellung des objektiven Tatbestandes absolut notwendig — insbesondere auch im Interesse des Angeklagten und der Verteidigung.

2. Die Disposition über den eigenen Körper unterliege eben gewissen gesetzlichen Beschränkungen. Man werde auch zur Ablegung eines Zeugnisses gezwungen und dürfe dagegen nicht geltend machen, daß dies mit der persönlichen Freiheit unvereinbar sei.

3. Auf den Standpunkt des Reichsgerichts hätten sich eine Reihe der angesehensten Kommentatoren des Reichsstrafprozesses gestellt, so Schwarze, Löwe, Puchelt, Keller, Dalke, Thilo, Stenglein und Glaser.

4. In der Kommission zur Beratung des Entwurfs der StPO. habe die Auffassung geherrscht, daß der § 103 StPO. auch die Untersuchung der Person mitumfasse (Marquardsen).

5. Auch wenn keine spezielle Bestimmung hierüber im Gesetze existierte, so würde schon nach dem allgemeinen Grundsatz der Wahrheitserforschung anzunehmen sein, daß eine solche Untersuchung zulässig sei, wenn sie nicht ausdrücklich verboten wäre.

Eine mittlere Meinung fand dahin Vertretung: es solle die körperliche Untersuchung Unverdächtiger ausnahmsweise unter Beobachtung bestimmter Vorsichtsmaßregeln, insbesondere falls es sich um Zwecke der Verteidigung handle und nicht Personen, die das Zeugnis verweigern könnten, in Frage kämen, zulässig und erzwingbar sein.

Weiter gedieh die Sache bekanntlich nicht; der Entwurf wurde nicht Gesetz. Zwischen Parlament und Regierung kam es bezüglich der vielfach bestehenden erheblichen Meinungsverschiedenheiten zu keiner Einigung. Man verließ deshalb diesen Weg und nahm eine umfassende Revision des gesamten Strafprozeßrechts in Aussicht. Zur Vorbereitung dieser Revision wurde die „Kommission zur Reform des Strafprozesses" einberufen, deren Aufgabe es sein sollte[1]), „auf Grund ihrer eigenen Ueberzeugung und ohne an amtliche Instruktionen gebunden zu sein, die bisher als streitig erwiesenen Grundsätze und im Anschlusse daran auch andere wichtige Fragen aus dem Gebiete des Strafprozesses an der Hand eines gestellten Programms und gegebenenfalls auch über den Rahmen desselben hinaus einer eingehenden Beratung zu unterziehen, um dadurch die Grundlage für die Ausarbeitung eines neuen Gesetzentwurfs zu schaffen."

B. Die Stellungnahme der Kommission.[2])

Der Augenschein als solcher — §§ 86 ff. StPO. — beschäftigte die Kommission nicht. Bezüglich der „Durchsuchung" (§ 103) war folgende Frage gestellt:

„Bedarf es einer besonderen Regelung der Frage, ob behufs Verfolgung von Spuren einer Straftat die körperliche Untersuchung unverdächtiger Personen gegen deren Willen angeordnet werden kann? Wie sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Anordnung zu bestimmen?"

Zunächst wurde über einen Antrag: „die Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person zum Zwecke der Verfolgung von Spuren

[1]) Protokolle der Kommission I S. 9.

[2]) Protokolle der Kommission Bd. I S. 79 ff., Bd. II S. 179 ff.

einer strafbaren Handlung gegen den Willen der Person für unzulässig zu erklären", beraten. Zur Begründung des Antrags wurde geltend gemacht, daß jede Gewaltanwendung gegenüber einer unverdächtigen Person zum Zwecke ihrer körperlichen Untersuchung das Gefühl empöre, daß die Rechte einer Person über ihren Körper unverletzlich sein müßten.

Hiergegen wurde eingewendet, daß ein in der Gesetzgebung allgemein anerkanntes ausschließliches Recht der Person über ihren eigenen Leib, das dahin führen müsse, anzuerkennen, daß unverdächtige Personen nicht wider ihren Willen körperlich untersucht werden dürften, nicht existiere. Diese Untersuchung sei für die Wirksamkeit der Strafverfolgung vielfach unentbehrlich.

Die Kommission beschloß:

a) mit 18 Stimmen gegen 1 Stimme: „daß zum Zwecke der Feststellung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins von Spuren oder Folgen einer Straftat die körperliche Untersuchung unverdächtiger Personen zulässig sein solle, wenn dieselbe für die Untersuchung der Straftat notwendig sei";

b) mit 12 gegen 7 Stimmen: „daß die Untersuchung auch gegen den Willen der zu untersuchenden Person zulässig sein solle d. h. im Falle der Weigerung mit Gewalt erzwungen werden dürfe."

Zwei weitere Anträge:

1. daß zur Erzwingung der körperlichen Untersuchung außer der absoluten Gewalt auch die in § 69 StPO. bestimmten Zwangsmittel angewendet werden könnten;

2. daß, wer sich weigere, die angeordnete Besichtigung oder Untersuchung seiner Person vornehmen zu lassen, zu einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu verurteilen sei,

wurden abgelehnt. Die Mehrheit der Mitglieder war der Anschauung, daß die Analogie des Zeugniszwangs nicht zutreffe. Die unmittelbare Erzwingung der körperlichen Untersuchung sei — im Gegensatz zur Zeugnispflicht — durchführbar und verbürge sicheren und sofortigen Erfolg. Ein Bedürfnis, neben der Anwendung der Gewalt noch die Zeugniszwangsmittel oder die Bestrafung der Weigerung zuzulassen, liege nicht vor. Die Grundlage des Zeugnisverweigerungsrechts gestatte analoge Ausdehnung auf das Gebiet der körperlichen Untersuchung nicht.

Die Kommission sah es als selbstverständliche Folge der gefaßten Beschlüsse an, daß der Richter zur Anordnung der Durchsuchung befugt sei. Sie entschied sich ferner dahin, daß bei Gefahr im Verzuge der Staatsanwaltschaft — nicht dagegen deren Hilfsbeamten — die gleiche Befugnis zustehen müsse.

Als einstimmige Ansicht der Kommission wurde festgestellt, daß die von der Staatsanwaltschaft angeordnete Untersuchung nur mit Zustimmung der davon Betroffenen erfolgen und daß die Androhung und Anwendung von Zwangsmitteln nur dem Richter zustehen dürfe.

Es gelangten ferner noch folgende Beschlüsse zur Annahme:

a) „Die Untersuchung einer Frauensperson darf nur durch einen oder mehrere Aerzte erfolgen."

b) „Zu der Untersuchung einer Frauensperson ist auf deren Verlangen ein Angehöriger oder eine geeignete Frauensperson als Beistand zuzuziehen, wenn hierdurch der Zweck der Untersuchung nicht gefährdet wird."

Einstimmig angenommen wurde schließlich der Antrag: „die für die Untersuchung unverdächtiger Personen aufgestellten Grundsätze auf die verdächtigen Personen auszudehnen."

In der zweiten Lesung wurde der Antrag: die körperliche Untersuchung Unverdächtiger gegen deren Willen für unzulässig zu erklären, wieder gestellt und u. a. zur Begründung vorgebracht: In der bekämpften erzwungenen Untersuchung liege eine Herabwürdigung der Persönlichkeit. Die in der ersten Lesung eingenommene Stellung führe schließlich dahin, daß eine unverdächtige Person auch zum Einnehmen von Arzneimitteln (Brechmitteln) oder zur Duldung einer Operation gezwungen werden könne, wenn dies für die Untersuchung notwendig erscheine. In dieser Weise aber dürfe das Gesetz über den Körper des Menschen nicht verfügen. Jedenfalls müsse eine Untersuchung dann ausgeschlossen bleiben, wenn dadurch das Schamgefühl der zu untersuchenden Person verletzt würde. Die Anwendung äußerer Gewalt stelle sich — namentlich Frauen gegenüber — stets als eine Brutalität dar, habe deshalb in jedem Falle zu unterbleiben. Letzteren beiden Sätzen entsprechend waren Eventualanträge gestellt.

Die Kommission entschied sich in ihrer überwiegenden Mehrheit für die Aufrechthaltung der Beschlüsse der ersten Lesung. Der allerdings schwere Eingriff in die persönlichen Rechte müsse im Interesse der Allgemeinheit hingenommen werden. Für die Wahrheitserforschung sei die Untersuchung Unverdächtiger — namentlich auch zur Führung des Entlastungsbeweises — unbedingt notwendig; insbesondere bei Sittlichkeitsverbrechen. In der Hauptsache stellte sich die Mehrheit der Kommission auf den Standpunkt des reichsgerichtlichen Urteils vom 11. Juni 1886, indem sie die Untersuchung Unverdächtiger auch gegen deren Willen für zulässig erklärte. Das ist der Kern der gefaßten positiven Beschlüsse.

Wenn nun auch die Frage, ob der Augenschein als solcher — also unabhängig von den Voraussetzungen der „Durchsuchung" — erzwingbar sei, nicht Gegenstand der Beratung war, so

muß doch wohl angenommen werden, daß die Bejahung dieser Frage den Intentionen der Kommission entsprach; denn man war sich zweifellos dessen bewußt, daß eine erzwingbare Durchsuchung zusammen mit einem nicht erzwingbaren Augenschein eine Anomalie sein würde. Erhob sich doch keinerlei Widerspruch gegen den aus dem Schoße der Kommission erfolgten, das Verhältnis zwischen Augenschein und Durchsuchung ganz im Sinne unserer Darstellung beurteilenden Hinweis darauf:

„daß, wenn man die körperliche Untersuchung zulasse, damit auch die richterliche Augenscheinseinnahme an der Person des zu Untersuchenden von selbst gestattet sei".

Mitteilungen aus der Praxis.

„Eigenjagdverpachtung" und „Kauf bricht nicht Miete". In Nr. 8 S. 160 hat Rechtsanwalt Dr. Alfred Bloch in München in einem Artikel „Kauf bricht Jagdpacht" gegen die in der 6. Auflage meines Jagdgesetzes zum Ausdrucke gebrachte Anschauung, daß die Anwendung des § 571 BGB. auf Eigenjagdbezirke nicht auszuschließen sei, Stellung genommen. Seine Ausführungen vermochten mich indes von der Unrichtigkeit meiner Auffassung nicht zu überzeugen. Nur nebenbei bemerkt, ist die Bemängelung, es sei ein Fehler, von einem „Grundsatze: Kauf bricht nicht Miete" zu sprechen, durchaus ungerechtfertigt; wenn dieser Satz auch nur unter gewissen Voraussetzungen Anwendung findet und insoferne eine Ausnahmebestimmung genannt werden kann, so bleibt er für Juristen doch ein „Grundsatz", und haben weder die Kommentatoren des BGB. Bedenken getragen, ihm diese oder eine ähnliche Bezeichnung beizulegen,[1]) noch ist er in den Motiven zum Entwurfe des BGB.[2]) und in den Protokollen für die 2. Lesung des Entwurfes[3]) anders bezeichnet. Zur Sache selbst ist allerdings zuzugeben, daß die Vorschriften über die Miete nach BGB., darunter § 571, nur entsprechende Anwendung auf die Pacht zu finden haben, d. i. soweit die Verhältnisse der Pacht im einzelnen Falle eine analoge Anwendung zulassen: daß aber dies bei der Eigenjagdpacht nicht der Fall sei, nimmt Dr. Bloch mit dem landgerichtlichen Urteile, auf das er sich beruft, zu Unrecht an, in Verteidigung der Anschauung, daß Gegenstand der Jagdpacht im Sinne des bayerischen Jagdgesetzes vom 30. März 1850 nicht etwa ein Grundstück, sondern ein Recht, nämlich das Jagdrecht des einen Eigenjagdbezirk besitzenden Verpächters sei. Das aus der Jagdpacht fließende Recht ist ein Jagdausübungsrecht, d. i. die Befugnis, auf einem bestimmten Territorium das Wild zu hegen und zu okkupieren und zu diesen Zwecken ersteres zu benützen. Die Benützung geschieht durch Begehen des Jagdgebietes, durch Anbringung von Vorrichtungen usw.[1]) Schon hieraus ergibt sich, daß die Jagdbefugnis, die ja an sich zweifellos nur ein persönliches Recht ist, ohne engste Beziehung zu den Grundstücken, auf denen sie ausgeübt werden soll, nicht gedacht werden kann. Mit anderen Worten: Die Jagdpacht ist nichts anderes, als die Pacht von Grundstücken zum Zwecke der Jagdausübung. Wie anders soll § 581 BGB., welcher den Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des gepachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte zu gewähren, überhaupt die Verpachtung einer Jagd treffen? Aus der Begriffsbestimmung des § 581 ergibt sich zwar, daß diese sich nicht, wie die Miete, auf Sachen im strengen Sinne des § 90 l. c. beschränkt, sondern auch auf unkörperliche Sachen, insbesondere auf Rechte (im eigentl. Sinne) erstreckt und daß Gegenstand der Pacht sogar auch reine Naturkräfte, wie z. B. die Elektrizität, sein können;[2]) niemals wird aber eine abstrakte Befugnis allein als Gegenstand der Pacht denkbar sein. Beispielsweise wird in den Protokollen neben der Pacht einer Jagd diejenige einer Gartenwirtschaft, eines Steinbruchs, eines Torfstiches genannt.[3]) Auch hier ist die Nutzung ohne Gebrauch der Grundstücke selbst nicht möglich. Gesetzt den Fall: A. hat seinen Obst- und Grasgarten an B. zum Betriebe einer Restauration verpachtet, derart, daß die Gartenbenützung des B. lediglich zu diesem Geschäftsbetriebe gestattet ist, A. aber im übrigen sich die Verfügung über den Garten, insbesondere über die Obst- und Grasernte selbst vorbehalten hat:[4]) schwerlich wird man hier Bedenken tragen, den B. juristisch als Pächter des Gartens anzusehen. Nicht anders ist es bei der Pacht einer Eigenjagd. Ein Recht am Grundstück, welches an sich schon eine Herrschaft darüber bedeuten würde, kommt hier nicht in Betracht, da in Bayern die Jagdberechtigung auf fremdem Grund und Boden aufgehoben bleibt (Art. 1 Abs. 2 des JagdG.); die Befugnis zu jagen für sich allein kann nicht Gegenstand der Pacht sein, Pachtobjekt können daher nur die Grundstücke sein, jedoch nur soweit, als der Zweck der Jagdausübung es erheischt.[5]) Es wird auch in der Praxis der Jagdpächter in den gepachteten Jagdbezirk eingewiesen; er erlangt Besitz an dem Jagdbezirke,[6]) Mitbesitz mit dem Eigentümer.[7]) Von dieser Anschauung geleitet habe ich denn auch in meinem Jagdgesetze Besitzesschutz und Selbsthilferecht

[1]) Scherer, Schuldverhältnisse des BGB. S. 769 nennt ihn ein Rechtssprichwort, Staudinger und Planck sprechen von einem Prinzip, Schlagwort, Grundsatz.

[2]) Zu §§ 509 511, amtl. Ausg. Bd. II, S. 380 384.

[3]) Bd. II S. 137.

[1]) z. B. Futterraffen und Futterkästen, Hochsitzen, Graben in Fuchsbauen.

[2]) Planck n 1, Staudinger n 1.

[3]) II S. 234 — Torfstich, soweit es sich nicht um Kauf handelt.

[4]) Daß der Eigentümer seine Grundstücke wie mit allen Eigentümerbefugnissen, so auch nur zu einzelnen Befugnissen oder mit Ausnahme einzelner Befugnisse verpachten kann, dürfte außer Zweifel stehen. Vgl. übrigens Entsch. des BGH. Bd. I S. 173.

[5]) Auch Reichsgerichtsrat Maenner spricht sich in seinem Jagdrecht der Pfalz S. 122 b und 122 d dahin aus, daß bei dem Jagdpachtvertrag verpachteter Gegenstand der Jagdbezirk oder die denselben bildenden Grundstücke sind und daß durch die Pacht der Gebrauch des Grundstücks zum Zwecke der Jagd und zum Ziehen der Früchte (§ 99 Abs. 2 BGB.) in jeglicher Beziehung zu gewähren ist.

[6]) So auch Wirschinger, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern S. 119 Anm. 77.

[7]) § 866 BGB.



des Jagdpächters nach §§ 858, 859 BGB. für möglich erachtet,[1]) ferner die Bestimmungen der §§ 581, 542, 554, 595 usw. über die Kündigung auf die Jagdpacht angewendet.[2]) Oder welche Bestimmungen sollen hierfür sonst maßgebend sein? Und wenn diese Grundsätze über Kündigung auf die Jagdpacht zutreffen, so ist auch § 566 BGB. (Erfordernis der Schriftlichkeit für Jagdpachtverträge auf mehr als 1 Jahr) darauf anwendbar.[3]) Ich halte daher die gegenteilige Entsch. des RGZ. Bd. LI S. 279, auf welche sich Dr. Bloch ebenfalls beruft, nicht für zutreffend.

Diese Ausführungen dürften zeigen, daß in der Tat als Endschluß aus den einschlägigen Stellen des BGB. der Satz „Kauf bricht nicht Eigenjagdpacht" hervorgeht. Es bedarf daher nicht der Zuhilfenahme des Art. 69 EG. z. BGB., um die Grundsätze über Besitz usw. nach früherem Rechte auf die Jagd anwenden zu können.[4]) Wohl aber kann das seitherige Recht und die Rechtsprechung hierzu noch als Auslegungsbehelf herangezogen werden. Hiernach wurde nämlich die Pacht einer Jagd zweifellos ebenfalls als Pacht von Grundstücken zum Zwecke der Ausübung der Jagd aufgefaßt. Es sei hier nur an BayLR. p. IV c. 6 § 14 u. annot. und an das Urteil des ObGerH. vom 18. Oktober 1880 hierzu (Entsch. Bd. VIII S. 568) erinnert, worin die Geltung des für die Pacht durch den Landtagsabschied vom 18. Februar 1871 nicht berührten, damals in Geltung gewesenen gegenteiligen Grundsatzes „Kauf bricht Miete" für Eigenjagdpachtverträge ausdrücklich anerkannt wurde.

Die vom Verfasser des eingangs bezeichneten Artikels angeregten Bedenken, ob sich die wirtschaftlichen Rücksichten, welche bei Schaffung des § 571 BGB. eine Rolle spielten und darin gipfelten, daß hierdurch gerade dem Mieter als dem in der Regel schwächeren Kontrahenten ein Schutz werden sollte, wären diskutabel, können aber, wenn angenommen wird, daß es sich bei der Jagdpacht um die Pacht von Grundstücken handelt, unbesprochen und mag daher auch dahin gestellt bleiben, ob die Auffassung „Kauf bricht nicht Jagdpacht" oder die gegenteilige mehr dem allgemeinen Rechtsgefühl entspricht.

Endlich glaubt Dr. Bloch in den Urteilen des Reichsgerichts vom 4. Juli 1902 (s. Entsch. in ZS. Bd. 52 S. 126) und des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 30. November 1900 (s. Entsch. Bd. I S. 627) für seine Ansicht eine Stütze zu finden, jedoch mit Unrecht. In den diesen Erkenntnissen zugrunde liegenden Fällen sind Gemeindejagdpachtverträge in Frage und handelt es sich dort darum, ob das Recht des Gemeindejagdpächters dem neuentstandenen Eigenjagdrechte zu weichen hat, welche Frage oberstrichterlich bejaht wurde;[5]) hier wird die schon bestehende Eigenjagdberechtigung und auch ihr Uebergang vom Verkäufer auf den Käufer an sich als feststehend erachtet und handelt es sich um die Frage, ob der neue Eigenjagdberechtigte sofort auch die Jagdbefugnis erhält oder ob er an den vom früheren Eigenjagdberechtigten — seinem Rechtsvorgänger — abgeschlossenen Pachtvertrag bis zu dessen Ablauf gebunden bleibt. Auf diesen Fall paßt die Begründung der beiden vorbezeichneten oberstrichterlichen Urteile nicht.

I. Staatsanwalt **Pollwein** in Neuburg a. D.

Die Zurücknahme des Strafantrags. Zu den Aenderungen, welche das Jahr 1876 dem StGB. brachte, gehört die Beseitigung des allgemeinen Rechts auf Zurücknahme eines gestellten Strafantrags. Praktische Erfahrungen waren es damals, welche die Aenderung im Interesse des Ansehens der Rechtspflege vorschlagen ließen und ohne ein Wort der Einwendung zur Annahme brachten. Der Berichterstatter Dr. v. Schwarze wies darauf hin, daß mit dem Antragsrechte in den Gerichtssälen ein offener Schacher getrieben werde, der als unwürdig beseitigt werden müsse, weil er Sittlichkeit und Rechtsbewußtsein untergrabe. Was nach einem halben Jahrzehnt in der Praxis als unzweckmäßig erkannt ist, muß jetzt nach weiteren drei Jahrzehnten als zweckmäßig bezeichnet werden: allgemein die Zurücknahme des Strafantrags für zulässig zu erklären. Die bevorstehende Aenderung des StGB. gibt eine günstige Gelegenheit dazu. Das Abhängigmachen einer Strafverfolgung von dem Antrage einer Privatperson zeigt schon, daß das Vergehen keine unbedingte Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung enthält. Es entspricht dem Volksempfinden, daß bei derartigen geringeren Eingriffen in die Unverletzlichkeit einer Person oder deren Rechtsgebiet der Staat wegen des noch geringeren Eingriffs in das allgemeine Recht sich mit einer Sühne begnügen kann, die dem in erster Linie durch das Unrecht Betroffenen genügend erscheint. Deshalb werden die breiteren Schichten niemals einsehen, warum bei einem in der Uebereile und ersten Erregung gestellten Strafantrage eine Zurücknahme nicht zulässig sein solle. Volkscharakter und örtliche Verhältnisse üben auf die Stellung von Strafanträgen einen erstaunlichen Einfluß aus, in großen Städten ist im allgemeinen ihre Zahl und Häufigkeit größer als auf dem Lande. In ersteren wird aber vielfach die Unzulässigkeit der Zurücknahme als Ungerechtigkeit empfunden und was hier von der Gesetzgebung verfehlt ist, ist oft geeignet, gegen die Gerichte Mißtrauen hervorzurufen. Daß der befriedigte Antragsteller als Zeuge in der Hauptverhandlung oft unwillkürlich die Sache in ganz anderem Lichte darstellt als in der Anzeige — ohne dabei seine Eidespflicht zu verletzen — ist menschlich, läßt aber die Verurteilung um so mehr als Härte erscheinen. Moral und Rechtsbewußtsein, welche die Novelle schützen wollte, sind so durch sie erst recht gefährdet. Eine Vermehrung der mit der Zurücknahme des Antrags wieder einzustellenden Verfahren wird allerdings eintreten, nicht aber ein solcher der Strafanträge. Nur einem verschwindend kleinen Bruchteile der Antragsteller ist bei der Antragstellung überhaupt die Unzulässigkeit der Zurücknahme bekannt.

---

[1]) cf. 6. Aufl. S. 8, 9. Vgl. auch den Aufsatz von Professor Dr. Freiherrn von Stengel im Deutschen Jäger Bd. XXII 349.

[2]) 6. Aufl. S. 63, 64.

[3]) Wie bereits S. 15, 59 meines Jagdgesetzes hervorgehoben. So auch Maenner l. c. S. 122 d und die von Bloch selbst zit. Entsch. des KG. Berlin vom 28. Oktober 1901.

[4]) Vgl. Scherer, Schuldverhältnisse Bd. II S. 779, Sachenrecht Bd. III S. 2.

[5]) Ich habe in meinem Kommentar S. 34 n 2 auch die hier bezüglich der Gemeindejagdpachtverträge vertretene Auffassung nicht für bedenkenfrei erklärt. — Bemerkenswert ist übrigens für die vorwürfige Frage, daß in der Samml. der Entsch. Bd. I S. 627 l. c. die Ueberschrift zum Urteile vom 30. November 1900 mit den Worten beginnt: „Gegenstand der Jagdverpachtung durch die Gemeinde sind die Grundstücke . . . ."

Gegen leichtfertige Anträge wird aber immer die Scheu vor den der Höhe nach nicht bekannten Kosten schützen und das gehört zum allgemeinen Volksbewußtsein, daß derjenige, der ein Strafverfahren ohne Grund durchführen läßt, dessen Kosten zu tragen hat. Als weitere Mittel zur Antragsbeschränkung waren die Einführung einer Form und einer Zurücknahmefrist in Vorschlag gebracht. Beide Vorschläge sind schon früher mit Recht zurückgewiesen worden, erstere, weil sie eine übermäßige Belästigung und Anforderung gegenüber den weniger gebildeten Antragstellern enthält, letztere, weil sie nur eine rein willkürliche, nicht durchführbare sein würde.

Amtsgerichtsrat Coermann in Straßburg.

Sind die Kosten eines nach § 146 Abs. 3 KO. aufgenommenen Prozesses Masseschulden?

I. In der jetzt neu erscheinenden (6.) Auflage des Kommentars zur ReichsKO. von Wilmowski wird in Anm. 1 zu § 62 S. 274 folgende Auffassung vertreten. Die Kosten eines z. Z. der Konkurseröffnung noch nicht beendigten Prozesses über eine Konkursforderung sind mit dieser anzusetzen; der Prozeß wird unterbrochen. Soweit die liquidierte Forderung hinsichtlich der bis zur Konkurseröffnung entstandenen Kosten bestritten wird, kann sie durch Aufnahme des Prozesses nach § 146 verfolgt werden. Dies gilt, wenn die Kosten alleiniger Gegenstand der Konkursforderung sind, oder allein streitig bleiben. Wird dagegen eine Konkursforderung, über die schon ein Rechtsstreit anhängig ist, angemeldet und vom Verwalter bestritten, so fallen die in dem aufgenommenen Prozesse erwachsenen Kosten ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach der Konkurseröffnung erwachsen sind, infolge der Genehmigung des Verhaltens des Gemeinschuldners durch den Verwalter nach § 59 Nr. 1 der Masse zur Last, wenn der Verwalter unterliegt; die gesamten Kosten sind dann eine Masseschuld, ohne Rücksicht darauf, ob der Betrag ein geringerer gewesen wäre, wenn die Konkursmasse den Prozeß von Anfang an geführt hätte. Ebenso fallen sie einem unterliegenden bestreitenden anderen Gläubiger zur Last. Bezug genommen wird hierbei unter Hinweis auf Eccius, Rassow K. 33, 740 auf die Entsch. d. RG. vom 14. Dezember 1893, JW. 1894 S. 56 vom 2. April 1895, JW. 226 vom 6. Mai 1891, JW. 310.

II Zu prüfen ist zunächst die Frage, ob der in dem Wilmowskischen Kommentar vertretene Standpunkt in den erwähnten Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes zur Geltung gelangt ist und dort seine Begründung gefunden hat. In dem JW. 91 S. 310 behandelten Falle hatte das Urteil die Kosten des Rechtsstreites der beklagten Konkursmasse unterschiedslos auferlegt. Letztere verlangte Sonderung zwischen den vor der Aufnahme des Prozesses und den nachher entstandenen; sie wollte jene nicht als Masseschulden gelten lassen. Das Reichsgericht mißbilligt hier die Unterscheidung, aber lediglich um deswillen, weil das Urteil sie nicht vorgenommen hat; deshalb komme es, meint das Reichsgericht, auch nicht darauf an, ob der Betrag ein geringerer gewesen wäre, wenn die Konkursmasse den Prozeß von Anfang an geführt hätte. Mit Rücksicht auf den Inhalt des Kostenurteils lehnt der Oberste Gerichtshof jedes Eingehen auf die Frage ab, ob die verlangte Sonderung der Kosten ausführbar und nach den Vorschriften der KO. zu rechtfertigen sei. Die zweite in der JW. 94 S. 56 abgedruckte reichsgerichtliche Entscheidung legt wiederum auf den Inhalt des Kostenurteils das entscheidende Gewicht und kommt aus diesem Grunde gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnisse wie die ersterwähnte. Hier waren zwar im Urteilstenor ebenfalls sämtliche Kosten der beklagten Konkursmasse auferlegt, die Entscheidungsgründe enthielten aber die Erläuterung, daß die vor der Konkurseröffnung entstandenen Kosten nur als Konkursforderung zur Hebung gelangen und nur die seit der Aufnahme des Prozesses erwachsenen als Masseforderung gelten könnten. Diese Erläuterung wird vom Reichsgericht für den Inhalt des Tenors als maßgebend erachtet und um deswillen der auf der Unterscheidung beruhende Kostenfestsetzungsbeschluß gebilligt. Allerdings wird hierbei die Auffassung als richtig bezeichnet, daß, soweit der Konkursverwalter zur Tragung der Kosten eines durch ihn aufgenommenen Prozesses verurteilt ist, diese Kosten wegen der in der Aufnahme liegenden Genehmigung der vorausgegangenen Prozeßführung durch den Konkursverwalter als Masseschulden anzusehen seien, und daß in solchem Falle zwischen den vor und den nach der Konkurseröffnung erwachsenen Kosten nicht unterschieden werden dürfe, sofern nicht besondere Umstände eine solche in dem Urteil auszusprechende Entscheidung rechtfertigen. Endlich wird auch in dem JW. 95 S. 226 veröffentlichten reichsgerichtlichen Beschlusse der Inhalt des Kostenurteils als ausschlaggebend erachtet. Hier war eine im Streit befangene von der Klägerin angemeldete Forderung von dem Konkursverwalter bestritten und deshalb der Prozeß gegen ihn aufgenommen worden, demnächst seine Verurteilung in die Kosten schlechthin erfolgt. Das Reichsgericht geht deshalb davon aus, daß in Ermangelung einer Sonderung im Urteil sämtliche Kosten, die außergerichtlichen Kosten der Klägerin ebenso wie die Gerichtskosten, Masseschulden sind. Neben diesem die Entscheidung allein tragenden Grunde findet sich der weitergehende Satz: „Soweit in diesem (aufgenommenen) Verfahren dem Konkursverwalter Kosten auferlegt wurden, ist der Klägerin wie der Staatskasse daraus eine Masseforderung erwachsen. Eine Unterscheidung zwischen den vor dem Eintritt des Konkursverwalters und zwischen den später entstandenen Prozeßkosten ist nach der herrschenden als zutreffend anzusehenden Ansicht in derartigen Fällen nicht gerechtfertigt."

III. Eingehender wird unsere Kostenfrage von Eccius a. a. O. erörtert. Seiner Ansicht nach hat, wenn die mit der Kostenerstattungsforderung angemeldete Hauptforderung vom Konkursverwalter bestritten wird und der deshalb anhängige Rechtsstreit ihm gegenüber fortgesetzt werden muß, das demnächst ergehende Urteil über die Kosten des Prozesses zu entscheiden, ohne daß hierbei ein Unterschied zu machen sei zwischen den Kosten, welche vor und nach der Konkurseröffnung, vor und nach der Aufnahme des Rechtsstreits, in dieser oder in einer früheren Instanz entstanden sind. Eine Trennung der vor der Konkurseröffnung liegenden Akte von dem sonstigen Verfahren finde nicht statt. Werde der Konkursverwalter in die Prozeßkosten verurteilt, so habe er sie als Masseschulden aus der Konkursmasse zu bestreiten, und seine Verurteilung habe zu erfolgen, gleichviel ob die vor der Konkurseröffnung erwachsenen Kosten als zu erstattende angemeldet seien oder nicht. Die geschehene

Anmeldung nötige nicht, die jetzt als Wirkung der Prozeßentscheidung zwischen Gläubiger und Konkursverwalter abzugebende Kostenentscheidung anders zu fassen, namentlich den Betrag der zu erstattenden Kosten schon jetzt zu erörtern, statt ihn dem Erstattungsverfahren vorzubehalten, oder bezüglich dieses Betrages statt der dem Gesetze entsprechenden Verurteilung der Masse in die Kosten die bei der ursprünglichen Anmeldung erbetene Feststellung der Forderung als Konkursforderung auszusprechen. Mit dieser Feststellung brauche der Gläubiger sich nur dann genügen zu lassen, wenn der Streit über die Hauptforderung nicht fortgesetzt werde. In diesem Falle habe die Aufnahme lediglich den Zweck, festzustellen, ob die angemeldete Kostenerstattungsforderung in der angegebenen Höhe zum Ansatz zu bringen sei. Anders aber als im Falle des Widerspruchs des Konkursverwalters soll sich nach Eccius die Sache stellen, wenn ein anderer Konkursgläubiger den Widerspruch gegen die angemeldete Forderung erhoben hat und folgeweise die Aufnahme des Rechtsstreits gegen ihn bewirkt wird. Allerdings betreffe auch hier die gegen den bestreitenden Gläubiger ergehende Entscheidung die Kosten des ganzen aufgenommenen Prozesses, die vor der Konkurseröffnung entstandenen inbegriffen, sodaß er als persönlicher Schuldner dafür hafte. Daneben sei indessen zugleich die Frage zu entscheiden, ob und inwieweit die Feststellung der angemeldeten Kostenforderung und demgemäß ihre Befriedigung aus der Konkursmasse zu erfolgen habe.

IV. Den drei oben inhaltlich wiedergegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts stimme ich im Ergebnisse vollständig bei. Mit Recht wird dort auf den Inhalt der vorangegangenen rechtskräftigen Kostenurteile des entscheidenden Gerichts Gewicht gelegt. Sind die Kosten nach Aufnahme des Prozesses dem Konkursverwalter ohne jede Unterscheidung und Einschränkung auferlegt, dann hat er sie als Masseschuld zu tragen. Im Festsetzungsverfahren kann die dort unterbliebene Sonderung nicht mehr nachgeholt werden. Wenn aber das Reichsgericht darüber hinaus die Unterscheidung zwischen den vor dem Eintritt der Konkurseröffnung und den später entstandenen Prozeßkosten nicht als gerechtfertigt erachtet und die entgegengesetzte namentlich von Eccius vertretene, angeblich herrschende Ansicht billigt, so vermag ich dem umsoweniger zu folgen, als eine selbständige Begründung nicht gegeben ist, den Ausführungen von Eccius aber, der seinen Standpunkt neuerdings wieder geltend gemacht hat,[1]) die überzeugende Kraft fehlt. Ist zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen einer Partei ein Anspruch im Streit befangen, der sich im Konkurse als Konkursforderung charakterisiert (§ 3 KO.), so muß der Gläubiger, falls er Befriedigung aus der Konkursmasse sucht (§ 12), die Anmeldung gemäß § 139 bewirken. Nur die angemeldeten Forderungen unterliegen der Prüfung und Feststellung (§§ 141 ff.), ohne Rücksicht darauf, ob sie das Kapital oder die an derselben Stelle anzusetzenden Kosten, Zinsen und Vertragsstrafen betreffen (§ 62). Unterbleibt ganz oder teilweise die Feststellung einer angemeldeten Forderung, so hat im Regelfalle (anders nach § 146 Abs. 6) der Gläubiger sie zu betreiben, zu welchem Behufe ihm ein Tabellenauszug in beglaubigter Form erteilt wird; hierbei wird zwischen Haupt- und Nebenansprüchen nicht unterschieden. War zur Zeit der Konkurseröffnung ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung nur durch Aufnahme des Rechtsstreits, die jetzt und erst jetzt zulässig ist (§ 240 ZPO.), zu verfolgen. In diesem letzteren Falle beansprucht der Gläubiger die Kosten als Schadensersatz[1]), indem er davon ausgeht, daß der Schuldner zur Klageerhebung Anlaß gegeben habe und bei ordnungsmäßiger Durchführung des Prozesses in die Kosten verurteilt worden wäre. Nehmen wir folgendes Beispiel: A. hat ein Darlehen von 20000 Mk. nebst 5% Zinsen seit dem 1. Januar 1902 gegen B. klageweise geltend gemacht, nach Beweisaufnahme vor Erlaß des Urteils bricht am 2. Januar 1905 Konkurs über das Vermögen des B. aus. Der Rechtsstreit wird unterbrochen. A. meldet seine Forderung in der Höhe von 20000 Mk. Kapital, 3000 Mk. Zinsen für 3 Jahre und 400 Mk. ihm bereits erwachsene Kosten (Anwaltsgebühren und Gerichtskostenvorschuß) an. Der Widerspruch des Konkursverwalters kann sich gegen jede dieser Forderungen ganz oder teilweise oder alle zusammen richten. Richtet er sich gegen den Hauptanspruch und führt der Gläubiger ihn im Prozesse siegreich durch, so wird nach Eccius der Konkursverwalter in die dann und nur dann als Masseschuld anzusetzenden Kosten schlechthin verurteilt, soweit sie nicht aus besonderen Gründen dem Gegner zur Last fallen. Hiergegen sprechen folgende Erwägungen:

1. Es fehlt an jedem inneren Grunde, in Ansehung der Behandlung des Kostenpunkts die beiden Fälle zu sondern, ob der Konkursverwalter den Hauptanspruch im Konkurse bestritten oder nicht bestritten hat.

2. Eccius übersieht, daß der Widerspruch des Konkursverwalters sich **lediglich** gegen den Hauptanspruch richten kann, während die angemeldete Kostenforderung von ihm mit Recht anerkannt wird. Ich denke z. B. daran, daß der Konkursverwalter die früheren Einwendungen des Schuldners fallen läßt und lediglich geltend macht, ein Bürge habe die 20000 Mk. Kapital kurz vor der Konkurseröffnung an den Gläubiger bezahlt. Soll der Konkursverwalter, dessen Annahme sich als irrig erweist, zur Zahlung der bereits als Konkursforderung festgestellten Kosten von 400 Mk. als Masseschuld verpflichtet sein?

3. Aber auch wenn beides, Haupt und Kostenforderung, bestritten wird, können die Kosten nicht als Masseschuld geltend gemacht werden. Denn die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist (§ 146 Abs. 4 KO.). Die angemeldete Kostenforderung beruht auf einer Schadensersatzpflicht. Die Verurteilung des Konkursverwalters hat deshalb in casu zu lauten.

a) Die zur Xschen Konkursmasse angemeldeten, in der Konkurstabelle unter Nr... eingetragenen Forderungen von 20000 Mk., 3000 Mk. und 400 Mk. werden festgestellt.

b) Der beklagte Konkursverwalter hat die Kosten seit Aufnahme des Verfahrens zu tragen.

4. Liegt darin, daß der Konkursverwalter sich auf den Prozeß einläßt, wirklich eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung des Gemeinschuldners. Mit nichten! In vielen Fällen wird der Konkurs-

[1]) Gruchots Beitr. 05, 471.

[1]) So mit Recht Eccius in Gruchots Beitr. 05, 471.

verwalter die früheren Einwendungen, die möglicherweise zur Verschleppung dienen sollten und gedient haben und durch eine kostspielige Beweisaufnahme widerlegt sind, gar nicht aufrecht erhalten; er selbst hätte sie auch niemals erhoben. Er bestreitet den Anspruch vielleicht nur aus einem rechtlichen Gesichtspunkte, der früher nicht vorgebracht ist oder über den sich das Gericht noch nicht schlüssig gemacht hat.

5. Wollte man aber auch in dem Widerspruch gegen den streitigen Anspruch eine Genehmigung der Prozeßführung finden, so würde man trotzdem die bisherigen Kosten dem Konkursverwalter nicht als Masseschuld aufbürden können. Der § 59 Nr. 1 KO., der allein solche Entscheidung rechtfertigen könnte, trifft nicht zu. Die bereits vor der Konkurseröffnung erwachsene Kostenforderung kann aus der Handlung des Konkursverwalters unmöglich entstanden sein. Die gegenteilige Behauptung bedeutet eine petitio principii.

6. Bestreitet der Konkursverwalter einen noch nicht im Prozesse befangenen Anspruch, so wird der Wert des Streitgegenstandes nach dem Verhältnis der Teilungs- und Schuldenmasse festgesetzt (§ 148 KO.). Beträgt die Konkursdividende voraussichtlich nur 1%, so können die Kosten bei einer Konkursforderung von 10000 Mk. nur von einem Objekt von 100 Mk. in Ansatz gebracht werden. Der Konkursverwalter, der doch in allen Zweifelsfällen, um sich den Rücken zu decken und die Beteiligten vor Schaden zu bewahren, zum Widerspruch genötigt ist, z. B. bei Flucht des Kridars gegenüber erheblichen Forderungen, worüber die Geschäftsbücher keinen Aufschluß geben, wird den Widerspruch regelmäßig erheben können, ohne die Konkursmasse der Gefahr auszusetzen, durch die Prozeßkosten aufgezehrt zu werden. Wäre die von mir bekämpfte Ansicht richtig, so bestände diese Gefahr gar nicht selten, sofern nur die Forderungen zur Zeit der Konkurseröffnung sich bereits in lite befanden. Diese praktische Erwägung verdient um so größere Berücksichtigung, als nicht der geringste Anlaß vorliegt, die Konkursmasse bei Anhängigkeit der Rechtsstreitigkeiten schwerer zu belasten und den Konkursverwalter in eine Zwangslage zu versetzen.

7. Es macht meines Erachtens keinerlei Unterschied, ob der Widerspruch seitens des Konkursverwalters oder eines Konkursgläubigers erfolgt. Die gesetzlichen Vorschriften bieten nicht die geringste Handhabe zur Sonderung dieser beiden Fälle. Wird der über die Forderung anhängige Rechtsstreit gegen einen bestreitenden Konkursgläubiger aufgenommen, so kann wie dem widersprechenden Konkursverwalter gegenüber auch betreffs der bis zur Konkurseröffnung entstandenen Kosten nur auf Feststellung erkannt werden. Lediglich die weiteren Kosten treffen den Konkursgläubiger persönlich. Wäre es anders, so würde kein Konkursgläubiger Widerspruch gegen eine im Streit befangene Konkursforderung zu erheben wagen, insbesondere nicht bei Erheblichkeit der bereits entstandenen Kosten und Geringfügigkeit der Konkursdividende, da er Ersatz seiner Kosten aus der Konkursmasse nur insoweit verlangen kann, als der Masse durch das Urteil ein Vorteil erwächst (§ 147 KO.). Würde er also auch ganz oder teilweise siegen, trotzdem aber z. B. auf Grund der §§ 92, 96 ZPO. in die Kosten verurteilt werden, so reichte der Ersatz gar häufig zu seiner Entschädigung nicht aus. Sein Risiko würde ihn dagegen dann nicht abschrecken, wenn ihn selbst im ungünstigsten Falle nur die Kosten des Aufnahmeverfahrens, die lediglich nach der niedrigen Konkursdividende zu berechnen sind, treffen können.

V. Alle diese Erwägungen nötigen zu dem Schlusse, daß der Gläubiger die ihm bis zur Konkurseröffnung erwachsenen Kosten eines nach § 146 Abs. 3 KO. aufgenommenen Prozesses nicht als Masseschuld geltend machen kann.

Justizrat **Bendix** in Breslau.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu § 766 BGB. Die Uebernahme der Haftung dafür, daß eine für die Schuld eines andern übertragene Hypothek einbringlich sein werde, ist keine formbedürftige Bürgschaft.

Gründe: Die Revision faßt die von der verklagten Frau etwa übernommene (noch unter Eid gestellte) Garantie für den Eingang der Hypothek als eine Bürgschaft oder sonstige kumulative Schuldübernahme auf, die zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfe. Es wird dem Berufungsrichter also Verletzung des § 766 BGB. vorgeworfen, aber zu Unrecht. Nach dem unstreitigen Sachverhalt ist die Hypothek für die verklagte Frau ohne jede materielle Unterlage eingetragen worden, um dem Kläger, dem sie abgetreten werden sollte, eine hypothekarische Sicherung für die Schuld des mitbeklagten Mannes zu verschaffen. Danach war der eigentliche Besteller der Sicherheit der verklagte Mann und, wenn die Frau die Garantie für den Eingang der Hypothek übernommen haben sollte, würde sie damit nicht sowohl die Verpflichtung, für die Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit ihres Mannes einzustehen, oder dessen Schuld neben ihm übernommen, als vielmehr dafür sich verpflichtet haben, daß das für die Hypothek haftende Grundstück dem Kläger ausreichende Sicherheit biete. Dann aber läge ein selbständiger Garantievertrag vor, der sich von der Bürgschaft annähernd ebenso unterscheidet, wie die Pfandbestellung für fremde Schuld (vgl. RGE. 22, 329 und Planck, Vorbem. vor § 765 BGB. Nr. II a und E Nr. III Abs. 2). Demnach kann die Beklagte sich nicht auf den § 766 berufen und für den Garantievertrag ist eine Form nicht vorgeschrieben. (Urt. V 457/05 v. 2. Mai 06). — — — r.

516

II

Auftreten des Ehemannes im Rechtsstreite der auf Schadensersatz klagenden Ehefrau. Haftung des Dienstherrn nach § 831 und § 823 Abs. 1 BGB. Der Fuhrknecht des Beklagten hatte für diesen einen Wagen voll Kohlen angefahren. Diese Kohlen wurden vor dem Anwesen des Beklagten durch dessen Hausburschen und den Fuhrknecht abgeladen. Nach der Entladung stand der Wagen kurze Zeit unbewacht vor dem Hause des Beklagten auf der dort sehr abschüssigen Straße. Plötzlich kam er ins Rollen und lief die Straße hinunter gegen den Laden eines Konsumgeschäfts; die Deichsel drückte die Ladentüre ein und der Wagen drang soweit in den Laden, daß die Deichsel die am Verkaufstische stehende Frau M. in die Seite stieß und verletzte. Die Eheleute M. machen den Beklagten für den Schaden verantwortlich. Die auf § 831 BGB. gestützte Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen, da die Knechte des Beklagten kein Verschulden treffe. In der Berufungsinstanz wurde der nun auch auf § 823 Abs. 1 BGB. gestützte Anspruch dem Grunde

nach für berechtigt erklärt. Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

In den Vorinstanzen ist zwar eine Erörterung der Frage, in welcher Stellung der Ehemann M. als Mitkläger aufgetreten ist, unterblieben; aus dem verfügenden Teile des Berufungsurteils und aus dem damit übereinstimmenden Schlusse von dessen Gründen läßt sich aber annehmen, daß der Ehemann M. nicht einen eigenen Anspruch erhoben hat, sondern nur zur Unterstützung seiner Ehefrau in dem Rechtsstreite auftritt.

Die angegriffene Entscheidung beruht nicht auf § 831, sondern auf § 823 Abs. 1 BGB. Das OLG. ist mit Recht davon ausgegangen, daß, wenn auch jemand einen Andern zu einer Verrichtung bestellt hat, die Haftbarkeit des Dienstherrn sich nicht ausschließlich gemäß § 831 regelt, sondern daß nach der besonderen Lage des Falles auch § 823 BGB. Anwendung finden kann. Es hat ausgeführt, die Straße, wo der Wagen gestanden, sei sehr abschüssig und schon deshalb könne die unter normalen Verhältnissen gefahrlose Aufstellung eines Wagens ohne besondere Vorsichtsmaßregeln gefahrbringend werden; dazu sei damals schon Dunkelheit eingetreten und der Schluß des Sylvestergottesdienstes in der benachbarten Kirche, mithin größerer Straßenverkehr, zu erwarten gewesen. An der nämlichen Stelle sei, wie der Beklagte gewußt, der Postwagen schon zweimal ins Rollen gekommen; der Beklagte habe selbst die Möglichkeit aufgestellt, daß sich Kinder an dem Wagen zu schaffen gemacht und ihn in Bewegung gesetzt hätten. Der Beklagte hätte daher wegen dieser örtlichen und zeitlichen Verhältnisse in Verbindung mit früheren Vorkommnissen den Wagen besonders überwachen sollen, indem er ihn entweder selbst in Abwesenheit der Knechte beaufsichtigt oder den Knechten die Anweisung erteilt hätte, den Wagen nicht unbewacht zu lassen. Der Beklagte dürfte sich in dem vorliegenden besonders gearteten Falle nicht damit zufrieden geben, geeigneten Leuten die Entladung des Wagens überlassen zu haben; es lag ihm vielmehr eine besondere Beaufsichtigungspflicht ob, durch deren Nichtbeachtung er fahrlässig handelte (Urt. d. II. ZS. 525/05 vom 2. März 1906).

458 Mitgeteilt von OLGR. Lunglmayr in Zweibrücken.

III.

Zu §§ 161, 364, 892 BGB. Wechselhingabe für eine Hypothekschuld ist immer eine gewisse Tilgung, deren Kenntnis den Zessionar der Hypothek bösgläubig machen kann.

Gründe: Die Vorderrichter nehmen übereinstimmend an, daß in der Hingabe von Wechseln zur Tilgung einer Schuld, wenn sie auch nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zahlungshalber erfolgt (s. darüber Staub §§ 25 ff. zu Art. 83 der WO. und die dort angeführte Rechtsprechung), doch eine bedingte Tilgung der Schuld zu finden ist, die der Rechtsnachfolger, sofern ihn nicht der gute Glaube schützt, gegen sich gelten lassen muß. Dem ist beizutreten (s. Grünhut, Wechselrecht Bd. II S. 299 ff.; ROHG. 7, 47, 18, 391, § 161 BGB.; Motive Bd. I S. 259, 128). Der Berufungsrichter erwägt dann weiter, daß die Mitteilung, es liefen Wechsel auf die Hypothek, an sich ausreichen würde, um dem andern Teil, zumal wenn er rechtskundig sei, die volle Kenntnis der Sachlage und der daraus hervorgehenden Unrichtigkeit des Grundbuchs zu vermitteln und einen Rechtsirrtum (Prot. VI 222 Denkschrift S. 184) auszuschließen. Diese Annahme ist wesentlich tatsächlicher Natur und beschwert jedenfalls den Revisionskläger nicht. (Sodann wird aber mit dem Berufungsrichter aus besondern Gründen dennoch böser Glaube des Zessionars verneint.) (Urt. V 477 v. 21. März 1906.)

464 — — — r.

B. Strafsachen.

I.

Fahrlässiges Verschulden der Milchproduzenten und Milchlieferanten beim Inverkehrbringen verunreinigter Milch. (§§ 11, 14 NMG.) Das freisprechende Urteil der Strafkammer wurde auf Revision des Staatsanwalts aufgehoben.

Aus den Gründen: Nach den Ausführungen des Urteils hat der Angeklagte als Leiter eines Melkstalles sog. Kindermilch in Verkehr gebracht, die auf der Oberfläche schwimmende Streuteilchen u. dgl. und nach mehrstündigem Stehen einen reichlichen Niederschlag von Streu- und Kuhkot-Teilchen, Kuhhaaren, Futterresten und Sand aufwies, während die oberste Rahmschicht Schwebestoffe enthielt. Obgleich die Milch verdorben und zur Schädigung der Gesundheit geeignet war, ist der Angeklagte freigesprochen worden mit der Erwägung: Er habe alle möglichen Maßregeln getroffen, um die Milch in reinem Zustande zu versenden; das von ihm angewandte Abreiben der Kuheuter mit trockenem Stroh sei allgemein üblich, und im übrigen fehle jeder Anhaltspunkt dafür, daß er die Sorge für Reinlichkeit im Stalle versäumt oder unreinliche Geschirre und Seihtücher verwendet habe. Diese Erwägung widerspricht sich selbst. Unzweifelhaft verläßt Milch das Euter frei von fremden Stoffen. Somit können die Verunreinigungen nur bei und nach dem Melken von außen her in die Milch gelangt sein, und es ist ausgeschlossen, daß der Angeklagte die zur Abhaltung von Schmutz erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat. Für die Entscheidung der Frage, ob solche vorhanden sind oder nicht, kommt auf Art und Größe des Betriebs höchstens insofern etwas an, als hiervon die Wahl der Mittel beeinflußt sein mag; aber bei jedem Betrieb ist unbedingte Reinhaltung der Milch ausführbar und herbeizuführen. Ist deshalb die entschuldigende Hervorhebung von „Art und Größe des Betriebes“ in den Urteilsgründen verfehlt, so haftet ihnen ein weiterer Verstoß an, weil sie eine angeblich allgemeine tatsächliche Uebung zum Ausgangspunkt für die Abgrenzung einer bestehenden Rechtspflicht nehmen. Es ist unverständlich, wie durch Abreiben mit trockenem Stroh die Euter der Kühe vollkommen gesäubert und äußere Unreinlichkeit vollständig von der Milch ferngehalten werden könnten; derartiges Abreiben muß mithin als unzulänglich verworfen werden, und es war der Angeklagte zur Anwendung einer anderen wirksameren Maßregel, z. B. der vielfach öffentlich empfohlenen Abwaschung des Euters mit Schwamm und lauem Wasser verpflichtet, gleichviel ob ein einschlägiger örtlicher Mißbrauch eingerissen ist oder nicht. (Urt. des I. StS. vom 7. Mai 1906, 1 D. 1558/05.) B.

519

II.

Schwurgerichtliche Fragestellung für den Fall einer Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes dahin, daß statt sachlich zusammentreffender Straftaten eine einheitliche Straftat angenommen werden kann? (§§ 293, 294, 295 StPO.) Den Gegenstand der Anklage bildete eine Anzahl sachlich zusammentreffender Verbrechen, die gemäß § 293 StPO. zum Gegenstande einer gleichen Zahl von Hauptfragen gemacht wurden. Im Anschlusse an diese wurde eine Hilfsfrage gestellt, welche nach der einleitenden Bemerkung für den Fall zu beantworten war, daß die Hauptfragen bejaht würden, und dahin ging: „Sind die in den Fragen . . . (folgen die Nummern der Hauptfragen) . . . aufgeführten Straftaten durch eine und dieselbe Handlung verübt?“ Die sämtlichen Hauptfragen wurden bejaht und ebenso die Hilfsfrage. Die Revision des Angeklagten wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Revision bemängelt die Fragestellung, weil eine Hilfsfrage immer nur

für den Fall der Verneinung einer Hauptfrage gestellt werden könne und weil in ihr nicht auf den Inhalt der Hauptfrage verwiesen werden dürfe. Allerdings wird die rechtliche Verschiedenheit der Straftaten, die durch eine Hauptfrage oder eine Hilfsfrage festgestellt werden sollen, in der Regel fordern, daß die einer Hauptfrage nachfolgende Hilfsfrage bei Verneinung ersterer zu stellen ist. Eine Ausnahme wird aber anzuerkennen sein, wenn durch eine Hilfsfrage darüber entschieden werden soll, ob eine Anzahl von Straftaten, die den Gegenstand einer gleichen Zahl von Hauptfragen bildet, als einheitliche Straftat aufzufassen sei. In solchem Falle decken sich die Merkmale der einzelnen Tatbestände der Hauptfragen mit denen der einheitlichen Straftat und der rechtliche Unterschied wird nur durch einen Umstand begründet, welcher neben den sich deckenden Tatbestandsmerkmalen einhergeht. Dies trifft zu, wenn ein sogenanntes Fortsetzungsdelikt in Gegensatz gebracht wird zu der gleichen Anzahl gleichartiger, aber selbständiger Einzeldelikte. Der Unterschied besteht hier nur darin, daß beim Fortsetzungsdelikt der Vorsatz, die Einzeltaten zu begehen, auch noch darauf gerichtet ist, durch Begehung der Einzeltaten eine einheitliche Straftat zu verüben. Es kann keinem Bedenken unterliegen, das Vorhandensein dieser besonderen Eigenschaft des Vorsatzes zum Gegenstande einer Hilfsfrage zu machen in der Weise, daß zunächst für jede der Einzeltaten eine Hauptfrage gestellt und diesen Hauptfragen die nur bei ihrer Bejahung zu beantwortende Hilfsfrage angereiht wird. Mit der Bejahung der Hauptfragen werden so allerdings zunächst an sich selbständig erscheinende Einzeltaten festgestellt und ohne Stellung der Hilfsfrage würden sie ohne weiteres als selbständige Straftaten zu erachten sein, allein es steht weder mit prozeß- oder sachlichrechtlichen Vorschriften noch mit den Denkgesetzen in Widerspruch, wenn durch eine Hilfsfrage noch eine Entscheidung darüber herbeigeführt wird, ob diese anscheinende Selbständigkeit besteht oder die Einzeltaten nur Bestandteile einer Einheitstat sind. Eine solche Hilfsfrage könnte ebensogut als Nebenfrage bezeichnet werden. Nach dem Wortlaute entspricht sie allerdings nicht den Voraussetzungen des § 295 StPO., dem Wesen nach kommt sie aber einer Nebenfrage sehr nahe; denn je nach Beantwortung der Frage ist gegen den Angeklagten wegen einer Mehrzahl selbständiger Straftaten unter Festsetzung ebenso vieler Einzelstrafen auf eine Gesamtstrafe zu erkennen. Es kann also sehr wohl davon gesprochen werden, daß die Beantwortung jener Frage einen Umstand betrifft, von welchem die geringere oder höhere Strafbarkeit des Tuns des Angeklagten abhängt. Soweit es sich hier bei Stellung der Hilfsfrage um eine Entscheidung über das Vorhandensein einer fortgesetzten Straftat handelt, ist sohin die Fragestellung nicht zu beanstanden. Zwar sind die Voraussetzungen eines sog. Fortsetzungsdelikts insoferne nicht vollständig gegeben, als nicht durchweg gleichartige Einzelstraftaten in Betracht gekommen sind, vielmehr die Fragestellung offenbar sowohl die Voraussetzungen eines Fortsetzungsdelikts als auch teilweise die eines rechtlichen Zusammentreffens verschiedenartiger Tatbestände aus § 73 StGB. im Auge gehabt hat; das Fortsetzungsdelikt beruht aber auch nur auf einer sinngemäßen Anwendung des § 73 StGB. und es trifft das, was über den Unterschied zwischen einem Fortsetzungsdelikt und den entsprechenden selbständigen Einzeltaten ausgeführt worden ist, im wesentlichen auch zu für den Unterschied zwischen der nach § 73 StGB. bei vorhandenen ungleichartigen Einzeltatbeständen sich ergebenden einheitlichen Straftat und den von ihr umfaßten Einzeltatbeständen, falls diese selbständige Straftaten bilden würden. Prozeßrechtlich ist daher auch aus dem hier gedachten Gesichtspunkte des § 73 StGB. die Fragestellung nicht zu bemängeln. Zu Unrecht rügt auch die Revision, daß in den Hilfsfragen durch Anführung der Nummern der Hauptfragen auf deren Inhalt verwiesen worden sei. Wenn nur hier die Hilfsfrage für den Fall der Bejahung der Hauptfragen gestellt wird, kann § 293 StPO. einer solchen Verweisung nicht entgegenstehen, denn durch sie wird der Inhalt der Hauptfragen ein Bestandteil der Hilfsfrage und so erhält die Hilfsfrage auch ihrerseits den von § 293 der StPO. geforderten Inhalt. (Urt. d. I. StS. v. 19. März 1906, 1 D 43/06.)

B.

472.

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Kommt einer von mehreren Gemeinden gegründeten Sparkasse selbständige Rechtsfähigkeit zu. Am 26. Januar 1904 bestellten die Landwirtseheleute F. in M. für ein Darlehen der Sparkasse H. Hypothek und beantragten deren Eintragung. Die Sparkasse H. stammt aus der Zeit vor der Erlassung des Gesetzes vom 28. Mai 1582, die Distriktsräte betr., zu der die mit dem Namen „Distriktsgemeinde" bezeichneten Verbände nicht besondere Körperschaften sondern Gesellschaften von Gemeinden für bestimmte Zwecke waren (Seydel, Bayer. Staatsr. 2. Aufl., II § 196 zu Note 19; Lerman, DistrGemO. § 1 Note 1). Sie wurde 1846 durch Beschluß der Vertreter von 38 Gemeinden als gemeinschaftliche Anstalt gegründet und erhielt die Genehmigung der Regierung. Beim Inkrafttreten des Gesetzes vom 28. Mai 1852 wurde sie nicht übernommen. Demgemäß wird sie in § 1 der revidierten Satzung vom 31. Dezember 1899 als eine den 38 Gemeinden gehörende Anstalt bezeichnet, für die nach § 4 diese Gemeinden als Gesamtschuldner haften. Vorstand ist ein Ausschuß. Das Amtsgericht H. lehnte die Eintragung der Hypothek ab, weil die Sparkasse nicht rechtsfähig sei und deshalb nicht als Gläubigerin eingetragen werden könne. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Die Annahme der Beschwerde, daß eine von einer Gemeinde oder von mehreren Gemeinden gemeinschaftlich für einen öffentlichen Zweck errichtete Anstalt eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 89 BGB.) sei, ist irrig. Eine Gemeinde, die für einen öffentlichen Zweck eine dauernde Einrichtung schafft und sie mit gemeindlichem Vermögen ausstattet, begründet damit kein neues Rechtssubjekt sondern trifft nur eine Verwaltungseinrichtung. Das Vermögen der Anstalt bleibt Gemeindevermögen, ihre Rechte und Verbindlichkeiten sind Rechte und Verbindlichkeiten der Gemeinde. Dies gilt auch für die gemeindlichen Sparkassen, gleichviel, ob sie nach der Bek. des StM. des Innern vom 20. Mai 1874, die Sparkassen der Gemeinden und Distrikte betr. (Amtsbl. S. 301) errichtet oder z. B. der Geltung der Normativentschließung vom 30. Januar 1843 (Döllinger, Verordnungssammlung 28 Tl. 2 S. 1193) gegründet wurden. Auch bei den älteren Sparkassen hatte die Uebernahme der Haftung durch die Gemeinde, wie in der Entschließung vom 6. März 1845 (Döllinger a. a. O. S. 1199) hervorgehoben ist, nur die Bedeutung einer ausdrücklichen Erklärung der „der sich von selbst verstehenden", auch ohne sie „durch den Darlehensvertrag begründeten Haftung". (Entsch. d. ObLG. n. F. II S. 698). Bei der Eintragung einer Hypothek ist deshalb nach § 145 Abs. 1 Nr. 3 HypG. nicht die Sparkasse sondern die Gemeinde als Gläubigerin zu bezeichnen. Die nicht selten vorkommende Eintragung gemeindlicher Sparkassen entspricht der Vorschrift des HypG. nicht. (Vgl. auch §§ 267, 407 DA. f. d. GBA.).

Die Sparkasse H. ist eine gemeinschaftliche Anstalt der 38 Gründungs-Gemeinden. Diese sind als Inhaber der Sparkasse nach Art. 37 des Ges. vom 28. Mai 1852 in der besonderen Verbindung geblieben, in die sie zum Zwecke der Gründung und des Betriebs der Sparkasse getreten sind. Diese Verbindung war von Anfang an eine Gesellschaft (Lermann § 38 Note 7). Ob das Gesellschaftsverhältnis sich jetzt nach den Vorschriften des BGB. oder nach denen des früheren Rechts bestimmt, kann dahingestellt bleiben, weil nach beiden Rechten den Gesellschaften keine selbständige Rechtsfähigkeit zukommt. (Beschl. des I. ZS. vom 4. Mai 1906). — — — n.

511

II.

Rechtliche Natur der Erklärung des Mannes, daß er für eine Schuld der Frau die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut dulde. Bedeutung dieser Erklärung für die Gebührenpflicht. ZPO. §§ 739, 794 Abs. 2, GebG. Art. 145, 160. A. L., Ehefrau des Geschäftsführers O. L. in M., hatte ein Anwesen erworben, das mit zwei Hypotheken einer Bank belastet war. Laut notarieller Urkunde erklärt O. L., daß er, da die Bank seiner Frau zugesichert habe, die Hypotheken stehen zu lassen, die sofortige Vollstreckung in das eingebrachte Vermögen dulde. Der Notar setzte für die Urkunde eine Gebühr von 1 Mk. an, die Staatskasse forderte aber die Zahlung weiterer 293 Mk., weil nicht Art. 160, sondern Art. 145 des GebG. maßgebend sei. Die Beschwerden des O. L. blieben erfolglos.

Aus den Gründen der oberstrichterlichen Entscheidung: Nach § 739 der ZPO. ist bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung die Vollstreckung in das eingebrachte Gut nur zulässig, wenn die Frau zur Leistung und der Mann zur Duldung verurteilt ist. Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 wird die Verurteilung des Mannes zur Duldung dadurch ersetzt, daß er in einer von einem Notar aufgenommenen Urkunde die sofortige Vollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände bewilligt. Abs. 2 steht in Zusammenhang mit den Vorschriften des BGB., insbesondere mit § 1363 Abs. 1, wonach das Vermögen der Frau durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen wird, und mit § 1411 Abs. 1, wonach die Gläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen können, soweit sich nicht aus §§ 1412 bis 1414 ein anderes ergibt. In der Begr. des Entw. des Ges. vom 17. Mai 1898, betr. Aenderungen der ZPO., ist bemerkt, daß sich in den Fällen, in denen bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung die Vollstreckung in das eingebrachte Gut betrieben werden soll, das Verfahren auch gegen den Mann insoferne richtet, als die Befriedigung aus dem eingebrachten Gute ohne Rücksicht auf sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht erfolgen soll; die Vollstreckung wende sich zugleich gegen ihn, indem sie die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände trifft. Aus dem Zusammenhange von § 739 und § 794 Abs. 2 ZPO. mit den allgemeinen Normen des ehelichen Güterrechts und aus ihrer Entstehungsgeschichte geht hervor, daß die Erklärung des Mannes, er dulde die Vollstreckung in das eingebrachte Gut, neben dem vollstreckbaren Titel gegen die Frau eine selbständige Voraussetzung der Vollstreckung bildet. Auch vom Standpunkte des GebG. bilden die rechtsgeschäftlichen Vorgänge, die die Voraussetzungen für die Vollstreckung in das eingebrachte Gut gegen diese und gegen den Mann verwirklichen, nicht ein einheitliches Rechtsgeschäft sondern mehrere selbständige Rechtsgeschäfte. Mit Unrecht bestreitet der Beschwerdeführer die Selbständigkeit seiner Erklärung. Unrichtig ist, sie der Genehmigung gleichzustellen, die der Mann dazu erteilt, daß die Frau eine Verbindlichkeit eingeht und sich der Vollstreckung unterwirft. Durch diese erhält nur der im Rechtsgeschäfte der Frau begründete Rechtstitel Wirksamkeit; sie bezieht sich also auf die Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, die nach § 739 ZPO. auf Seite der Frau vorliegen muß, nicht auf die im § 794 geforderte Erklärung. Unrichtig ist auch, daß die Erklärung des Mannes keine andere Bedeutung habe als die, dem Gläubiger die Erhebung einer Klage zu ersparen. Dies ist ein mehr wirtschaftlicher Gesichtspunkt, der allerdings dem Gesetzgeber vorschwebte (Begr. d. Entw. d. Ges. vom 17. Mai 1898, Hahn-Mugdan a. a. O. S. 149); für die rechtliche Natur der Duldung der Vollstreckung ist es gleichgültig, ob sie auf einem Urteil oder auf einer Erklärung beruht. Nach dem Inhalt seiner Erklärung hat sich O. L. der Bank verpflichtet, jede Handlung zu unterlassen, durch die die Vollstreckung beeinträchtigt würde, also zu einer Unterlassung, die nach § 241 des BGB. eine Leistung und demgemäß den Inhalt eines Schuldverhältnisses bilden kann. Die Erklärung hat O. L. auch dazu bestimmt, von der Bank angenommen zu werden, mochte die Annahme ausdrücklich ihm gegenüber erfolgen oder unterbleiben, weil eine ausdrückliche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten war (§ 151 BGB.). Hiernach ist die Entstehung des auf die Duldung der Vollstreckung gerichteten Schuldverhältnisses nach dem Inhalte der Urkunde vom 16. Februar 1904 von von der Einigung des O. L. und der Bank, also von dem Zustandekommen eines Vertrags im Sinne des BGB. und des Art. 145 des GebG. abhängig gemacht. Die Urkunde enthält zwar nur die Erklärung des Schuldners; sie ist aber ein Vertrag, für den nach Art. 175 die verhältnismäßige Gebühr zu erheben ist. Nach Art. 160 Abs. 1 unterliegen „alle übrigen" Rechtsgeschäfte über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken bei einem Gegenstande von mehr als 200 Mk. einer Gebühr von 1 Mk.; die Vorschrift darf also nur angewendet werden, wenn nicht ein Rechtsgeschäft vorliegt, für das die Gebühr in den vorhergehenden Artikeln bestimmt ist. Für das Rechtsgeschäft, das die Urkunde vom 16. April 1904 enthält, ist aber die Gebühr im Art. 145 bestimmt; Art. 160 Abs. 1 ist demgemäß nicht anzuwenden. . . . (Beschl. vom 18. Dezember 1905, 2. ZS., Reg. V Nr. 33/05.)

486 K.

Oberlandesgericht München.

I.

Wird der Ersteher in der Zwangsversteigerung durch Hinterlegung des Bargebots beim Notariat befreit? Gehören die Hinterlegungsgebühren des Notars hierfür zu den Kosten des Verfahrens? Im Versteigerungstermin vom 31. Januar 1906 blieb P. mit einem Bargebot von 13 200 Mk. meistbietend. Da ein Gläubiger Sicherheitsleistung (§ 67 ZwVG.) verlangte, erklärte P., er wolle das Bargebot sofort erlegen. Hiermit war der Gläubiger einverstanden. P. erlegte 13 200 Mk. beim Notar, verzichtete auf Rückgabe und erhielt den Zuschlag. Der Notar liquidierte gegenüber dem Vollstreckungsgericht u. a. 76 Mk. Hinterlegungsgebühr nach Art. 101 NotGebO. und 2 Mk. 70 Pfg. Staatsgebühr nach § 8 der AB. vom 25. Dezember 1899. Das Bargebot führte er am 22. Februar 1906 an die Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts ab. Im Verteilungstermin berechnete das Gericht gemäß § 49 ZwVG. zu Lasten des Erstehers 4% Zinsen aus 13 200 Mk. vom 31. Januar bis 21. Februar 1906 einschließlich mit 32 Mk. 12 Pfg. und übertrug die Forderung gegen den Ersteher auf diesen Betrag auf den Hypothekgläubiger S. Dagegen lehnte es die Vorrangnahme der Hinterlegungsgebühren des Notariats mit 78 Mk. 70 Pfg. aus der Masse ab, da diese dem Ersteher zur

Last fielen; nur die Kosten der gerichtlichen Hinterlegung wurden gemäß § 109 ZwVG. berücksichtigt. Wegen des Ansatzes der Zinsen zu 32 Mk. 12 Pfg. und der Nichtberücksichtigung der notariellen Hinterlegungsgebühren legte P. sofortige Beschwerde ein. Das Landgericht wies das Vollstreckungsgericht an, die 32 Mk. 12 Pfg. Zinsen zu streichen, im übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Das Gericht führte aus: Durch Art. 4 NotG. ist der Notar verpflichtet, Gelder usw., die ihm aus Anlaß eines Amtsgeschäftes übergeben werden, unter Haftung des Staates zu übernehmen. Damit sowie nach § 276 GeschO. f. d. Not., Art. 97 ff. NotGebO. § 8 der AB. v. 25. Dez. 1899 sind die Notare landesgesetzlich als Hinterlegungsstellen behandelt. Die Uebernahme des Bargebots durch den Notar geschah aus Anlaß eines Amtsgeschäfts; der Ersteher wurde daher durch Hinterlegung beim Notar befreit. (§ 49 Abs. 3 ZwVG., §§ 374, 378 BGB.). Die Gebühren für die Hinterlegung fallen dagegen nicht der Masse zur Last. Nur die Kosten der ordnungsmäßigen Hinterlegung treffen nach § 381 BGB. den Gläubiger. Ordnungsmäßig ist aber nur die Hinterlegung bei der dem Vollstreckungsgericht zugeteilten Hinterlegungsstelle, weil das Gericht nur über die hier hinterlegten Beträge verfügen kann. Auch bildet die Vereinnahmung des Bargebots keinen Teil der den Notaren durch Art 25 AG. z. ZwVG. übertragenen Versteigerung, die Gebühren sind daher auch nicht Kosten des Verfahrens. Die Masse hat nur die notwendigen, nicht aber die durch die Bequemlichkeit des Erstehers entstandenen Kosten zu tragen. S. erhob wegen der Streichung der 32 Mk. 12 Pfg. weitere Beschwerde, der stattgegeben wurde.

Aus den Gründen: Von der Verpflichtung zur Verzinsung des Bargebots wird der Ersteher durch Hinterlegung befreit. Die Einzahlung beim Notar hat nicht die Wirkung einer solchen. Nach Art. 76 AG. z. ZwVG. werden Hinterlegungsstellen bei den Amtsgerichten errichtet, wobei die Besorgung des Hinterlegungswesens der Bank übertragen werden kann. Die HO. vom 18. Dezember 1899 behandelt darum ausschließlich die Amtsgerichte und die Bank, nicht aber die Notariate als Hinterlegungsstellen. Art. 4 NotG. spricht eine Verpflichtung des Notars aus, die sich „aus Anlaß eines Amtsgeschäfts" für ihn ergibt, setzt also seiner Zuständigkeit von vorneherein eine Schranke, die sich mit den generellen Befugnissen der in Art. 144 EG. z. BGB. und Art. 76 AG. z. GBO. vorgesehenen Hinterlegungsstellen und mit den Grundsätzen der §§ 372 ff. BGB. nicht in Einklang bringen ließe. Die Notariate sind auch nicht in Ansehung der dem Notar aus Anlaß eines Amtsgeschäftes übergebenen Gelder Hinterlegungsstellen. Denn Art. 4 zählt nur einzelne Befugnisse des Notars, als die Uebernahme zur Aufbewahrung usw. auf; auch wäre einem gegenteiligen Willen des Gesetzgebers im AG. z. BGB. oder NotG. wohl Ausdruck verliehen worden. Dem gegenüber ist es ohne Belang, daß Art. 284 GebG. von den bei den Notaren „hinterlegten Geldern", § 8 der AB. vom 25. Dezember 1899 von einer „Hinterlegung bei den Notaren" und die NotGebO. vom 29. Dezember 1899 von einer „Hinterlegungsgebühr" für die nach Art. 4 entwickelte Tätigkeit des Notars sprechen, da das „Verfahren bei der Uebernahme, Aufbewahrung und Ablieferung" (Art. 4 Abs. 2) wohl die Bezeichnung „Hinterlegung" verträgt, ohne daß dabei gerade an den technischen Ausdruck des BGB. gedacht werden müßte Es ist aber auch nicht etwa durch eine besondere gesetzliche Bestimmung der Hinterlegung des Bargebots beim Notar befreiende Wirkung eingeräumt. Die im § 69 Abs. 2 ZwVG. behandelte Uebergabe an das Gericht oder (nach § 13 EG. z. ZwVG., Art. 25 AG. z. ZwVG.) an den Notar, welche die Wirkung der Hinterlegung haben soll, ist nur von der Uebernahme zum Zwecke der Sicherheitsleistung zu verstehen. Die Zahlung aber, welche zufolge § 75 ZwVG. das Gericht oder der Notar von den dort bezeichneten Personen in Empfang zu nehmen hat, hat mit der Zahlung des Erstehers nichts gemein. (Beschl. vom 24. April 1906.)

506 S.

II.

Zu § 1984 BGB. Kläger hat gerichtliche Entscheidung über sein vom Gerichtsschreiber zurückgewiesenes Gesuch beantragt, ihm vollstreckbare Ausfertigung eines rechtskräftigen Versäumnisurteils gegen den Verwalter des Nachlasses des mittlerweile verstorbenen Beklagten zu erteilen. Der Antrag wurde abgewiesen. Die Beschwerde ist sachlich unbegründet. Daß der Nachlaßverwalter nicht Rechtsnachfolger des Schuldners im Sinne des § 727 ZPO. ist, bedarf keiner Ausführung. Es wird aber in der Tat von manchen analoge Anwendung des § 727 auf diesen Fall empfohlen, weil der Nachlaßverwalter eine selbständige Parteistellung, wie der Konkursverwalter einnehme. Dieser Anschauung kann das Beschwerdegericht nicht beitreten. Die Nachlaßverwaltung ist nach § 1975 BGB. eine besondere Art der Nachlaßpflegschaft, es finden auch für sie die allgemeinen Vorschriften über Pflegschaft Anwendung. (Beschl. d. ObLG. vom 4. September 1905 Bd. VI S. 515). Der Nachlaßverwalter ist Pfleger des oder der Erben, nicht curator rei; für den Prozeß ist er nach den Sondervorschriften der §§ 53, 241 ZPO. dem gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person gleichgestellt. (Mot. zum Entw. e. G. betr. Aenderung der ZPO. S. 86 und 101.) Daher auch die Vorschrift des § 1984 Abs. 1 S. 3 BGB. Ist ein Urteil rechtskräftig geworden, bevor Nachlaßverwaltung angeordnet wurde, so kann die Vollstreckung in den Nachlaß erfolgen, ohne daß es der Vollstreckungsklausel auf den Nachlaßverwalter bedürfte. (Planck BGB. Note 3c zu 1984.) Es ist die Rechtsnachfolge des Erben, soweit nicht offenkundig, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen und das Urteil mit der Vollstreckungsklausel gegen den Erben versehen dem Nachlaßverwalter zuzustellen. (Beschl. vom 23. Februar 1906.)

497 W.

Oberlandesgericht Bamberg.

Schutzbereich eines Patentes gegenüber einem jüngeren Gebrauchsmuster. Begriff der Abhängigkeit des einen vom anderen. (PatG. §§ 3, 4, GebrMustG. §§ 4, 5.) Die Klage gründet sich auf die Behauptung, das Gebrauchsmuster des Beklagten (umlegbare Schulbank) greife, weil dabei die klägerische Erfindung benutzt sei, in die letztere ein und sei deshalb vom Patente der Klägerin abhängig. Nach § 4 des GebrMustG. verschafft die Eintragung eines Gebrauchsmusters dem Eingetragenen das ausschließliche Recht, das Muster gewerbsmäßig nachzubilden und die dadurch hervorgebrachten Gegenstände in Verkehr zu bringen, feilzuhalten und zu gebrauchen; soweit aber ein nach § 4 begründetes Recht in ein Patent eingreift, dessen Anmeldung vor jener des Modells erfolgt ist, darf der Eingetragene nach § 5 Abs. 1 a. a. O. sein Recht ohne Erlaubnis des Patentinhabers nicht ausüben; es besteht dann Abhängigkeit des Gebrauchsmusters von dem Patente. Zur Entscheidung über die Abhängigkeitsklage sind nach § 13 GVG. die ordentlichen Gerichte zuständig (Allfeld, Komm. z. PatG. § 3 Ziff. 7 Abs. 5, z. GebrMustG. § 5 Ziff. 5; Seligsohn, Komm. z. PatG., 2. Aufl., § 3 Ziff. 7, § 4 Ziff. 20, z. GebrMustG. § 4 Ziff. 8). Der Beklagte bestreitet die Abhängigkeit mit Unrecht.

Abhängig ist eine Erfindung, wenn sie in eine andere, früher angemeldete derart eingreift, daß sie nicht ohne Beeinträchtigung der Rechte des früheren

Anmelders benutzt werden kann. Abhängig ist insbesondere jede Erfindung, welche mit einer andern ganz oder teilweise identisch ist; dies ist der Fall, wenn jemand einen Gegenstand bestimmter Art und Konstruktion anmeldet, der bereits für einen andern patentiert ist, zu welchem er aber eine für sich allein musterschutzfähige Neuerung erfunden hat. In diesem Falle kann selbstverständlich von der jüngeren Erfindung kein Gebrauch gemacht werden, ohne daß zugleich der fragliche Gegenstand benutzt, also in das ältere Patent eingegriffen wird (Allfeld a. a. O. PatG. § 3 Ziff. 7 Abs. 3; Seligsohn a. a. O. PatG. § 3 Ziff. 16). Die Abhängigkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Gebrauchsmuster musterschutzfähig ist, d. h. gemäß § 1 GebrMustG. das Modell dem Gebrauchszwecke durch eine neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung dient. Es kann das Gebrauchsmuster in technischer und wirtschaftlicher Bedeutung der patentierten Haupterfindung gleichstehen oder sie überragen, das hindert nicht, daß das Gebrauchsmuster von dem Patente abhängig ist (Allfeld, GebrMustG. § 4 Ziff. 3 Abs. 2; Seligsohn das. § 4 Ziff. 4 Abs. 2). Liegt Abhängigkeit vor, darf nur der Patentinhaber die Erfindung benutzen (§ 4 Satz 1 PatG.); der Gebrauchsmusterschutzberechtigte ist in seinem Nutzungsrechte, soweit der Eingriff reicht, zugunsten des Patentinhabers beschränkt, und wenn der Gegenstand beider Rechte identisch ist, verliert er sein Nutzungsrecht gänzlich (Allfeld, GebrMustG. § 5 Ziff. 4). Behufs Feststellung der Abhängigkeit ist zu untersuchen, worin das besondere Kennzeichen, der Erfindungsgedanke des Patentes, liegt, und ob es auch bei dem Gebrauchsmuster verwendet ist. Es handelt sich hier um einen und denselben Gegenstand im Patente wie im Gebrauchsmuster, nämlich eine umlegbare Schulbank. Für den Umfang des Schutzbereiches eines Patentes bildet der Patentanspruch die Grundlage; jedoch ist auch die Patentschrift zu berücksichtigen. Für den Schutzbereich eines Gebrauchsmusters ist der Gesamtinhalt der Anmeldung unter Berücksichtigung der beigefügten Ab- oder Nachbildung maßgebend (Seligsohn, PatG. § 4 Ziff. 19a; GebrMustG. § 2 Ziff. 5). (Folgt Beweiswürdigung.) Das wesentliche Kennzeichen des Patentes ist hier die einseitig gelenkige Befestigung der Schulbank am Fußboden, welche das Aufrichten in senkrechte Lage zum Zwecke der Reinigung der Bank und des Fußbodens ermöglicht; die Form der gelenkigen Befestigung, ob Scharnier oder eine sonstige gleichwertige Vorrichtung, ist gleichgültig. Dieses Kennzeichen ist auch vom Beklagten als Gebrauchsmuster benutzt worden; der Gegenstand und Zweck des Gebrauchsmusters ist derselbe. Das vom Beklagten angewendete Befestigungs- und Bewegungsmittel (Kipplager) ist zwar nicht im gewöhnlichen technischen Sinne ein Scharnier, aber doch im Sinne des klägerischen Patentes, also zwar nicht gleich, aber doch gleichwertig (äquivalent). Das Gebrauchsmuster greift in das Patent derart ein, daß ersteres nicht ohne die Mittel des letzteren benutzt werden kann: es liegt also in den wesentlichen Punkten Identität vor. Die Aufstellung des Beklagten, daß eine technische Vervollkommnung des klägerischen Gedankens durch das Gebrauchsmuster genüge, um die Anwendung des § 5 Abs. 1 GebrMustG. auszuschließen, ist unrichtig; denn, wie schon oben erörtert, vermag eine noch so große Verbesserung der älteren Erfindung es nicht, die Abhängigkeit der jüngeren zu beseitigen. Daß durch die Erfindung des Beklagten etwas ganz anderes, ein neues Produkt, entstanden sei, ist auch unzutreffend: bei beiden Schutzansprüchen ist der Gegenstand, Zweck und die Wirkungsweise vollkommen gleich. Der Nachweis, daß das Gebrauchsmuster eine erhebliche technische Vervollkommnung des Patentgegenstandes enthält, hat nur die Bedeutung, daß das Gebrauchsmuster im Sinne des § 1 GebrMustG. musterschutzfähig ist, so daß dessen Löschung nach § 6 a. a. O. nicht verlangt werden kann. (Urt. vom 2. März 1905, BR. 191/04).

482 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Literatur.

Fischer, Dr. Otto, Universitätsprofessor in Breslau und **Henle, Dr. Wilhelm von,** Staatsrat i. o. D. in München. Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe mit Einleitung, erl. Anmerkungen und Sachregister. In Verbindung mit Eugen Ebert, Oberlandesgerichtsrat in Breslau und Heinrich von Schneider, Ministerialrat in Berlin, herausgegeben. 7. Aufl. München 1906. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Preis gebd. Mk. 7.—

Die Anlage des Buches hat im wesentlichen keine Aenderung erlitten, jedoch hat sich der Umfang wieder nicht unbeträchtlich vergrößert, obwohl die Anmerkungen wie bisher mit äußerster Kürze gefaßt sind. Eine weitere Besprechung oder Empfehlung des allgemein rühmlich bekannten Buches wird nicht erforderlich sein; die Zahl der Auflagen zeigt für sich allein, wie sehr es geschätzt wird. von der Pfordten.

Notizen.

Errichtung einer Vorrückungsstelle für das Kanzleipersonal der Justizbehörden. Durch die Allerhöchste Entschließung vom 25. April wurde angeordnet, daß die Sekretariatsassistenten bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften den Titel „Kanzleiexpeditor" erhalten, wenn sie auf die in der Klasse II des Gehaltsregulativs für die nichtpragmatischen Beamten und Bediensteten im Geschäftskreise des Justizministeriums neu zu errichtende Vorrückungsstelle befördert werden. An der dienstlichen Stellung dieser Gerichtsschreiberei-Bediensteten, insbesondere an ihrem Verhältnisse zu den Sekretären, wird dadurch nichts geändert. (Bek. v. 4. Mai 1906, JMBl. S. 73.)

Bekanntmachung, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffend. Um die Handhabung des Gesetzes, die Ueberleitung von Hypotheken betr., in der Zwangsversteigerung zu erleichtern, hat das Justizministerium in der Bek. vom 15. Mai 1906 (JMBl. S. 74) vorgeschrieben, daß die Gläubiger von Nebenkautionen bei der Zustellung der Terminsbestimmung (§ 41 Abs. 1 ZwVG.) veranlaßt werden sollen, spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten sich darüber zu erklären, welche Ansprüche auf ihre Kautionshypotheken erwachsen sind. Ferner wird den Versteigerungsbeamten empfohlen, darauf hinzuwirken, daß die Berücksichtigung von Kautionshypotheken im geringsten Gebote tunlichst unterbleibt, was durch Aenderung der Versteigerungsbedingungen (§ 59 ZwVG.) erreicht werden soll. (Vgl. hierzu insbesondere die Notiz in Nr. 11 S. 232 dieser Zeitschrift.)

Berichtigung.

Seite 216 Spalte 2 hat es auf Zeile 11 und 12 von oben statt „§§ 52, 55, 91 ZwVG." zu heißen „§§ 55, 90 ZwVG."

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Sonderbeilage zur Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Aus der Praxis der Gerichte.

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

Vereinbarung, daß eine Darlehensschuld des Wirtes an den Brauer durch Zahlung eines Ueberpreises für das zu beziehende Bier getilgt werden soll. Wirkung einer solchen Vereinbarung für den Erwerber der Wirtschaft und für die Erben des Darlehensschuldners (Art. 13 AG. z. BGB., Art. 4 UeG.). **„Bestimmte" und „nicht bestimmte" Dauer im Sinne des Art. 13.** Am 16. April 1899 wurde von den Vorständen einer Aktienbrauerei und dem Wirte Franz K. eine Urkunde unterzeichnet, laut deren K. anerkannte, der Brauerei 4700 Mk. zu schulden, 1800 Mk. unverzinslich, das übrige zu 5% verzinslich. Die Schuld ist als Darlehensschuld bezeichnet und soll so gezahlt werden, daß K. seinen Bierbedarf von der Brauerei bezieht, einen Ueberpreis von 1 Mk. 50 Pf., im ganzen 18 Mk. 50 Pf. für den hl zahlt und daß der Ueberpreis von der Brauerei zinsfrei angesammelt, am 1. Oktober jeweils auf die Darlehensschuld, zuerst auf das unverzinsliche Darlehen, dann auf die Zinsen und auf das Restkapital, verrechnet wird. Nach der Urkunde haben „Rechtsnachfolger diese Abmachungen zu respektieren". K. verkaufte sein Anwesen anfangs 1902 an seinen Sohn Rudolf K. Dieser betreibt die Wirtschaft seit März 1903; er zeigte sich geneigt, das Bier von der Brauerei zu beziehen, lehnte dagegen die Tilgung der Darlehensschuld ab. Am 7. April 1903 ließ Franz K. der Brauerei die Erklärung zustellen, daß er nach Art. 4 UeG. und Art. 13 AG. z. BGB. den Vertrag für den Schluß des September kündige. Vom 1. April 1903 an wurde für die Wirtschaft kein Bier mehr aus der Brauerei bezogen. — Die von der Brauerei gegen Franz K. erhobene Klage ist auf Feststellung des Rechtsbestandes der Vereinbarung vom 16. April 1899 gerichtet und verlangt Verurteilung des Franz K., seinen Rechtsnachfolger Rudolf K. zum Eintritt in die Vereinbarung zu verpflichten, über den Bierverbrauch seit 1. April 1903 Rechnung zu stellen und der Klägerin für jedes hl anderweit bezogenen Bieres 3 Mk. zu zahlen. Das Landgericht wies die Klage ab, da es den Vertrag vom 16. April 1899 als unsittlich und damit nach Art. 1131 Cod. civ. und § 138 BGB. nichtig erachtete. Franz K., dessen Frau im September 1902 gestorben war, starb am 17. Januar 1904. Der Rechtsstreit wurde — die Klägerin hatte noch zu Lebzeiten des Franz K. Berufung eingelegt — von den Erben des Franz K., dem Sohne Rudolf und zwei Töchtern, aufgenommen. Die Berufung wurde vom OLG. Zweibrücken zurückgewiesen, da auch das Berufungsgericht den Vertrag als unsittlich erachtete und annahm, es sei stillschweigend vereinbart worden, daß der Schuldner zum Rücktritte befugt ist, wenn zwingende Verhältnisse eintreten und solche seien eingetreten. Auf Revision wurde das Urteil am 22. Mai 1905 aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. — Bei der neuen Verhandlung ging der Antrag der Klägerin dahin, festzustellen, 1. daß der Vertrag vom 26. April 1899 zu Recht besteht, so daß Rudolf K. verpflichtet sei, seinen Bierbedarf bis zur Darlehenstilgung aus der Brauerei der Klägerin zu beziehen und daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, von jedem durch Rudolf K. in der Wirtschaft ausgeschenkten hl Bier 1 Mk. 50 Pf. als Ueberpreis zu zahlen, 2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, einen zu bestimmenden Betrag — vorschlagsweise jährlich 1200 Mk. — als Schadensersatz dafür zu bezahlen, daß vom 1. April 1903 bis zum Wiederbezuge des Bieres das Bier anderweitig bezogen worden ist. Das OLG. hob am 21. November 1905 das landgerichtliche Urteil auf, stellte den Rechtsbestand des Vertrages vom 26. April 1899 fest, erklärte den Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach für gerechtfertigt und wies die Sache zur weiteren Verhandlung zurück. Die Revision wurde vom OLG. am 12. Februar 1906 zurückgewiesen. Aus den Gründen des oberlandesgerichtlichen Urteils: Der Vertrag vom 26. April 1899 enthält Vereinbarungen über eine Art der Verzinsung und Tilgung eines Darlehens und über den Bezug des Bieres für die Wirtschaft des Darlehensschuldners bis zur Tilgung der Schuld. Die Vereinbarung über den Bierbezug fällt unter Art. 13 AG. z. BGB., dessen Vorschriften nach Art. 4 UeG. auf das Rechtsverhältnis aus einem vor dem 1. Januar 1900, gleichviel ob in den Landesteilen r. d. Rh. oder in der Pfalz, geschlossenen Vertrage anwendbar sind, soweit der Vertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält (Art. 18 EG. z. HGB.). Der Vertrag ist wirksam; er verstößt weder gegen die GewO. noch gegen Art. 1131 Cod. civ. oder § 138 BGB., da es sich nicht um eine Verpflichtung von unbegrenzter Dauer oder um eine dem Wesen nach dingliche Last handelt und die Verbindlichkeit auch nicht unsittlich oder wucherisch ist. Es ist vereinbart, daß auch die Rechtsnachfolger den Vertrag zu „respektieren" haben. Damit ist ausgedrückt, daß der Vertrag auch für die Rechtsnachfolger maßgebend sein, das Vertragsverhältnis mit ihnen fortgesetzt werden soll. Dafür, daß dies die Absicht der Vertragsteile war, sprechen insbesondere die persönlichen und Familienverhältnisse des Franz K. Die Aktiengesellschaft wollte sich einen Absatz auf längere Zeit sichern und offenbar nur gegen diese Sicherung das Darlehen geben. Franz K. wollte sich und seinen Rechtsnachfolgern die Möglichkeit allmählicher Tilgung sichern und ging deshalb auf die Verpflichtung zur Bierabnahme ein. Sicherlich war nicht beabsichtigt, dem Wirte oder seinen Rechtsnachfolgern einen großen Teil des Darlehens eine Zeit lang unverzinslich zu lassen und zugleich die Befugnis zuzugestehen, nach Tilgung dieses Teiles durch Zahlung des Restes die Verbindlichkeit zum Bierbezug aufzuheben. Dies geht schon daraus hervor, daß die Tilgung der Darlehensschuld „nur" in der im Vertrag angegebenen Weise erfolgen soll. Dem Franz K. konnte bei seinem Alter und seinem Gesundheitszustande nicht entgehen, daß er selbst die Wirtschaft nicht bis zur Tilgung der Darlehensschuld führen werde. Er hatte einen Sohn, der zur Uebernahme geeignet und bereit war; man konnte daher schon bei Schließung des Vertrages annehmen, daß dieser die Wirtschaft und die Schuld übernehmen werde. Der Vertrag ist also dahin auszulegen, daß er auch gelten soll, wenn durch Rechtsnachfolge eine Aenderung der Person des Schuldners eintritt, also auch, wenn der Inhaber der Wirtschaft und der Darlehensschuldner verschiedene Personen sein sollten. Tritt eine solche Scheidung der Personen der Schuldner ein, so ist es deren Pflicht, sich über die Aufrechterhaltung der Rechtsbeziehungen zur Klägerin miteinander zu benehmen. Hiernach sind Franz K. und seine Erben nach dem Vertrage und Art. 13 AG. z. BGB. verpflichtet, den Nachfolger des Franz K. im Wirtschaftsbetriebe zum Fortbezuge des Bieres aus der Brauerei nach dem Vertrage anzuhalten und ist Rudolf K. zum Fortbezuge verpflichtet. Die Erben sind als Gesamtschuldner verpflichtet, die Verbindlichkeiten aus dem Darlehensverhältnisse nach dem Vertrage zu erfüllen. Dieser Verbindlichkeit können sie sich nicht durch Kündigung des Bierbezugs entziehen, weil dessen Dauer nicht unbestimmt ist. Be-

stimmt ist die Dauer nicht bloß, wenn sie kalendermäßig bemessen ist, sondern auch, wenn sie durch den Eintritt eines Ereignisses begrenzt ist, das sicher zu erwarten ist. Dies ist hier der Fall. Die Verpflichtung zum Fortbezuge des Bieres und zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Darlehen besteht ununterbrochen, solange der Vertrag dauert. Die Beklagten haben daher dadurch, daß für die Wirtschaft seit dem 1. April 1903 Bier von der Klägerin nicht mehr bezogen wird, ihre Vertragspflicht verletzt, sie sind zum Schadensersatze verpflichtet. Dieser Pflicht konnten sie sich nicht dadurch entziehen, daß Rudolf K. noch Bier beziehen wollte, während er und seine Miterben sich an die Bestimmungen des Vertrags über die Art der Tilgung der Darlehensschuld nicht halten wollten; denn die Klägerin brauchte sich nur auf eine dem Vertrage entsprechende Erfüllung der Verbindlichkeiten einzulassen. Die Schadensersatzpflicht besteht für die Zeit, während der der Bezug des Bieres aus der Brauerei unterbleibt. Es ist anzunehmen, daß die Klägerin durch den Absatz ihres Bieres Gewinn erzielt und durch Ausfall des Absatzes an die Wirtschaft des Rudolf K. Gewinnentgang erleidet.

Die Gründe des Revisionsurteils besagen: Daß Verbindlichkeiten, die durch einen Vertrag oder nach Art. 13 Abs. 2 AG. z. BGB. begründet sind, soweit es sich nicht um höchstpersönliche Verpflichtungen handelt, auf die Erben übergehen, entspricht dem früheren und jetzigen Recht. Nicht richtig ist die Aufstellung der Revision, daß Franz K. durch den Vertrag seine Erben verpflichtet habe, die Wirtschaft nach seinem Tode weiter zu betreiben und das dazu nötige Bier aus der Brauerei zu beziehen; sondern er verpflichtete sie nur, dafür einzustehen, daß der künftige Inhaber der Wirtschaft in den Vertrag eintritt, und die Darlehensschuld auf die im Vertrage bestimmte Art zu tilgen. Es handelt sich also um den Eintritt der Erben in Verbindlichkeiten des Erblassers, nicht um die den Erben gemachte Auflage, ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben. Die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht ist genügend begründet. Auch seine rechtlichen Folgerungen entsprechen dem Gesetze. Auch seine Annahme, daß der Vertrag nicht ein Verhältnis von unbestimmter Dauer sei, ist nicht irrtümlich. Unter einem „Vertragsverhältnisse von nicht bestimmter" Dauer im Sinne des Art. 13 AG. z. BGB. ist das nämliche zu verstehen, was die Vorschriften des BGB., insbesondere die §§ 564, 620, 723 damit bezeichnen. In den Fällen, von denen diese Vorschriften handeln, kann die Dauer des Verhältnisses ebenfalls anders bestimmt werden, als durch Festsetzung einer nach dem Kalender angegebenen Zeit. Daß das OLG. bei der Annahme, ein Schaden sei eingetreten, gegen die Verhandlungsmaxime verstoßen habe, ist nicht richtig. Es hat aus unbestrittenen Tatsachen und Erfahrungssätzen das Vorhandensein eines Schadens abgeleitet. Erfahrungssätze durfte es verwerten, ohne daß eine Partei sie geltend gemacht hatte. Es genügte ferner, im allgemeinen anzunehmen, daß durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden verursacht worden ist. Den Umfang des Schadens brauchte das OLG. noch nicht zu begrenzen. Dies gehört zur Entscheidung über den Betrag des Schadens.

449 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht München.

I.

Oertliche Grenzen der Rechtsnormen; Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber der eigenmächtig getrennt lebenden Frau nach österreichischem und deutschen Rechte; Ersatzansprüche des Dritten, welcher deren Unterhalt bestritten hat. Die Eheleute G., österreichische Staatsangehörige, hatten nach der Verheiratung ihren Wohnsitz in München genommen. Wegen Verdachts des Ehebruches durch den Mann verließ ihn die Frau und lebte seit 1. September 1899 bei ihrem Vater in München. Vom Landgericht Wien wurde 1904 die Ehe auf Klage der Frau aus Verschulden des Mannes von Tisch und Bett geschieden. Da die Frau von ihrem Manne Unterhaltsbeiträge nicht erhielt, gewährte deren Vater der vermögenslosen Tochter vom 1. September 1899 ab Unterhalt. Seine Klage gegen den Mann auf dessen Ersatz (gestützt auf auftragslose Geschäftsführung), wurde in zwei Instanzen abgewiesen. Der Beklagte bestritt seine Ersatzpflicht, weil durch die Unterhaltsgewährung eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Beklagten nicht erfüllt worden sei und der Kläger gar nicht die Absicht gehabt habe, von ihm Ersatz zu verlangen. Das Oberlandesgericht führte aus:

I. 1. Der Vorderrichter hat für die Frage, ob eine auftragslose Geschäftsführung mit einem Anspruche auf Ersatz stattgefunden habe, die Bestimmungen in §§ 677 ff. BGB. als maßgebend erklärt, weil die Geschäftsführung sich in München vollzog. Dem ist beizupflichten, soweit die Klage Ersatz der Verwendungen seit dem 1. Januar 1900 verlangt.

2. Anders verhält es sich, soweit sie auf Ersatz der vom 1. September bis 31. Dezember 1899 bestrittenen Aufwendungen geht; insoweit handelt es sich um ein vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Schuldverhältnis, für das nach Art. 170 EG. z BGB. die bisherigen Gesetze maßgebend sind. Hieraus folgt, daß hinsichtlich dieses Teils die bisherigen Gesetze auch in ihren Bestimmungen über das internationale Privatrecht maßgebend sind. Sie enthielten eine Regelung der örtlichen Statutenkollision nur in den im BayLR. T. I c. 2 § 17 und in der BayGerO. von 1753 c. XIV § 7 Nr. 8 in Verbindung mit der VO. vom 11. Juni 1816 (die in Zivilsachen gegen Militärpersonen angezogenen Gesetze betr.) und Art. 81 des AG. von 1879 getroffenen Bestimmungen. Hiernach und nach der bisherigen Rechtsprechung, die sich an die Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes anschloß, ist das durch die Verwendungen des Klägers begründete Rechtsverhältnis nach dem am Orte der Geschäftsbesorgung und des Wohnsitzes des Geschäftsherrn geltenden Rechte zu beurteilen. (Vgl. Roth, DPrivR. § 51, V, 3, Bd. 1 S. 297 Nr. 139, Regelsberger, Pand. § 44, II, 1, Nr. 9). Demnach ist das hier geltende Recht auch dafür maßgebend, ob die Bestreitung des Unterhalts der Frau in der Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 1899 eine gesetzliche Verpflichtung des Beklagten war. Denn im gemeinen Recht ist für die Wirkung der Ehe hinsichtlich der persönlichen Beziehungen der Gatten, somit auch der Unterhaltspflicht, das Gesetz des Wohnortes des Mannes entscheidend (Roth a. a. O. II, c, Nr. 55 S. 288, Regelsberger a. a. O. § 45, Bd. 1 S. 178).

3. Gemäß Art 170 EG. z. BGB. sind auf das Schuldverhältnis, soweit es seit Inkrafttreten des BGB. entstand, die Bestimmungen des BGB. anzuwenden. Dieses hat weder selbst noch im Einführungsgesetz eine erschöpfende Regelung der „örtlichen Grenzen der Rechtsnormen" getroffen. Insbesondere wurde die Frage, nach welchem Rechte Schuldverhältnisse zu beurteilen sind, fast ganz übergangen. Art. 11 EG. trifft nur für die Form eines Rechtsgeschäfts eine Bestimmung, Art. 12 nur eine singuläre Vorschrift zugunsten der Deutschen für Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen. Ueber Schuldverhältnisse aus anderen Gründen finden sich im Einführungsgesetz keine Vorschriften. Nach Planck, Komm. z. BGB. Bd. 6 S. 23—27 N. 2 und 3 zu Art. 7—31 des EG. hat die Feststellung der anzuwendenden Rechtsnorm durch Er-

mittelung der allgemeinen Grundsätze des internationalen Privatrechts zu geschehen. Hiernach ist für die Beurteilung des Anspruchs das Recht des BGB. maßgebend, da nicht nur die angebliche Geschäftsführung sich in München vollzog, sondern auch Geschäftsführer und Geschäftsherr hier wohnten und, wenn sie auch beide Ausländer sind, doch die Annahme ausgeschlossen ist, es sei von ihnen übereinstimmend die Anwendung ihres heimatlichen Rechts vorausgesetzt worden. (Regelsberger a. a. O. § 44 Nr. 9, auch §§ 2242 und 2244 des II. und §§ 2366 und 2368 des III. Entw. des BGB., Stubenrauch, Komm. z. österr. allg. BGB. VIII. Aufl. § 4 II c 3 a, Bd. I S. 29 Note 2).

Bei der Frage, ob die Unterhaltung der Frau im Sinne des § 679 BGB. eine gesetzliche Verpflichtung des Beklagten war, handelt es sich nicht mehr um das durch die Geschäftsführung begründete Rechtsverhältnis, sondern um die persönliche Rechtsbeziehung der Eheleute G. zu einander. Sie ist daher gesondert zu würdigen. Das Einführungsgesetz zum BGB. enthält für die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten in Art. 14 eine Kollisionsnorm nur für den Fall, daß beide Gatten Deutsche sind oder daß der Mann Deutscher war und die Frau die Reichsangehörigkeit behalten hat. Für den Fall, daß beide Gatten Ausländer sind, ist eine Vorschrift nicht getroffen. Nach der einen Ansicht ist der Grundsatz des Art. 14 entsprechend auf Fälle anzuwenden, in welchen die Eheleute Ausländer sind und beide demselben Staat angehören; § 9 des aus den Beratungen der I. Komm. hervorgegangenen Entwurfs eines Gesetzes über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen hatte bestimmt: „Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten werden nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem der Ehemann angehört.“ In dieser Fassung ging die Vorschrift als § 2246 in den II. und als § 2371 in den III. Entw. des BGB. über, um dann durch den Bundesrat als Art. 13 der Reichstagsvorlage des Entw. des EG. die Gestalt des jetzigen Art. 14 zu erhalten. Aus dieser Umgestaltung wird abgeleitet, daß ihre Anwendung auf die Ehen von Ausländern sich verbiete (vgl. Rspr. d. OLG. Bd. IX S. 445), weshalb für in Deutschland wohnende Gatten ohne Unterschied der Nationalität das deutsche Recht anzuwenden sei. Allein daraus, daß der Gesetzgeber die vollkommene Kollisionsnorm der Art. 9, 2246 und 2371 der Entwürfe durch die in Art. 14 EG. enthaltene unvollkommene Norm ersetzt hat, kann nur gefolgert werden, daß für den Fall, daß die Eheleute Ausländer sind und demselben Staat angehören, das auf deren persönliche Beziehungen anwendbare Recht aus den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts zu ermitteln ist. Hiernach entscheidet für die familienrechtliche Stellung und daher auch für die persönlichen Beziehungen der Gatten das „Personalstatut“. Nun ist aber nach den Art. 7—31 EG. z. BGB. nicht der Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit für die Personalstatuten maßgebend. (Vgl. Planck a. a. O. Anm. 11 zu Art. 7 mit 31 S. 27.) Deshalb ist hier das österreichische Recht maßgebend. Dessen Anwendbarkeit führt nicht zufolge Rückverweisung zu der Anwendbarkeit des im Wohnsitze der Eheleute G. geltenden Rechts zurück. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Anwendung des nationalen Rechts der Eheleute G. auf deren Beziehungen es notwendig mit sich bringt, daß zunächst die internationalrechtlichen Vorschriften des österreichischen Rechtes angewendet werden, oder nur die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des österreichischen Rechtes bedingt. (Vgl. Planck a. a. O. zu Art. 27 N. 1 und 4 lit. c S. 103 und 108.)

Nach dem österr. Gesetze wird für Oesterreicher die Staatsangehörigkeit als maßgebend, als streitig hingegen angesehen, ob die Staatsangehörigkeit allgemein, also auch für Nichtösterreicher, maßgebend sei (vgl. Bar a. a. O. § 10 N. 3 S. 48). Jettel, Handb. d. intern. Privat- und Strafrechts § 14 S. 44 läßt allgemein die Wirkungen der Ehe, solange diese besteht, hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Eheleute nach dem Rechte jenes Staates beurteilen, in dessen Verbande sich der Mann befindet. Bei Stubenrauch (Komm. z. österr. allg. BGB. VIII. Aufl. Bd. 1 S. 101 III B. 4) wird allerdings gesagt, daß die persönlichen Rechtsverhältnisse der Gatten nach dem Rechte des Ortes beurteilt werden, wo der Mann seinen Wohnsitz hat. Wie den vom österr. allg. BGB. in Art. 4 und 33—38 ausdrücklich getroffenen Kollisionsnormen selbst läßt sich hiernach auch der Literatur des österr. Rechts nicht verlässig entnehmen, daß es in der hier fraglichen Beziehung eine Rückverweisung auf das Recht des Wohnsitzes enthalte. Vielmehr ist entweder mit Jettel a. a. O. anzunehmen, daß auch nach österr. Rechte die persönlichen Beziehungen der Eheleute nach dem Rechte des Staates zu beurteilen sind, dem der Mann angehört, oder der vom österr. Recht eingenommene Standpunkt als unsicher zu erachten. Daher steht der Beurteilung der persönlichen Beziehungen der dem österr Staat angehörigen Eheleute G. nicht das Bedenken entgegen, daß dem Ausländer sein Heimatrecht in einem Falle aufgedrungen werde, in welchem es ihm, weil er anderswo seinen Wohnsitz hat, in seinem Heimatstaat nicht zusteht.

II. Hiernach ist hinsichtlich des größten Teils des Klaganspruchs zunächst das Recht des BGB. und für das Verhältnis der Eheleute G. das österr. BGB. zugrunde zu legen. Nach den Bestimmungen des BGB. (§§ 683, 679) kann der Geschäftsführer von dem Geschäftsherrn wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen; dieser Anspruch ist jedoch regelmäßig dadurch bedingt, daß die Uebernahme der Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht und wird für den entgegengesetzten Fall nur anerkannt, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre. Bestünde demnach ein Ersatzanspruch, so wird er durch § 685 für den Fall ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer bei Bestreitung der Verwendungen nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen.

1. Der Kläger behauptet selbst nicht, daß der Beklagte mit der Bestreitung des Unterhalts der Frau auf seine Rechnung einverstanden gewesen sei. Ob aber für die Zeit vom 1. Januar 1900 bis zum 1. Mai 1904 der Beklagte zum Unterhalte seiner Frau gesetzlich verpflichtet war, ist nach der obigen Erörterung nach österr. Gesetzen zu entscheiden.

Das österr. allg. BGB. legt im § 91 dem Manne die Verbindlichkeit auf, „der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen“, spricht aber im § 93 aus, daß den Gatten nicht gestattet ist, die eheliche Verbindung eigenmächtig aufzuheben, sie mögen die Ungültigkeit der Ehe behaupten, oder die Trennung oder Scheidung von Tisch und Bett vornehmen wollen. § 107 bestimmt, daß der Richter dem gefährdeten Teile noch vor der Entscheidung einen gesonderten anständigen Wohnort bewilligen kann. Hieraus leitet die Rechtsprechung ab, daß vor dem gerichtlichen Ausspruche der Scheidung der Mann zur Alimentation der getrennt lebenden Frau nur verpflichtet ist, wenn dieser ein gesonderter Wohnort bewilligt ist oder er ihr solchen unter Anerkennung der Fortdauer seiner Alimentationspflicht zugestanden hat. Da der Kläger weder das eine noch das andere behauptet hat, die Ehefrau sich eigenmächtig von ihrem Ehemann getrennt hatte und von ihm getrennt lebte, wurde von der Vorinstanz eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Beklagten verneint. Diese Entscheidung ist

richtig (wie das OLG. in Würdigung der österr. Rechtsprechung des näheren ausführt).

Die Berufung macht geltend, daß, soferne das österr. Recht den ihm vom Erstrichter beigelegten Inhalt habe, seine Anwendung gegen die guten Sitten verstoße und deshalb gemäß Art. 30 EG. z. BGB. ausgeschlossen sei. Das Berufungsgericht kann nicht einsehen, inwiefern die aus § 93 österr. allg. BGB. abzuleitende Beschränkung des Unterhaltsanspruchs der getrennt lebenden Frau gegen die guten Sitten verstoßen soll.

2. Kann sich hiernach der Kläger nicht darauf berufen, eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Beklagten erfüllt zu haben, so ist sein Ersatzanspruch überdies nach § 685 BGB. dadurch ausgeschlossen, daß er bei Bestreitung der Verwendungen nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen. Der Mangel des Vorhandenseins der Ersatzleistungsabsicht ist hier allerdings nicht etwa nach § 685 Abs. 2 deshalb anzunehmen, weil der Kläger die Verwendungen durch Gewährung des Unterhalts an seine Tochter gemacht hat; denn die dort statuierte Vermutung sagt nur, daß von der Unterhaltsgewährung an Deszendenten oder Aszendenten zu vermuten sei, sie geschehe ohne die Absicht, von dem Angehörigen, welchem der Unterhalt gewährt wurde, Ersatz anzusprechen. Nicht aber wird durch sie der Ersatzanspruch gegen dritte Unterhaltspflichtige berührt. (Vgl. Planck, Komm. z. BGB. zu § 685 Anm. 1 Bd. 2 S. 433.) Allein es drängen die Umstände des Falles die Ueberzeugung auf, daß beim Kläger die Absicht, Ersatz zu verlangen, nicht bestanden hat. (Diese Umstände werden aufgeführt und gewürdigt.)

III. Was den auf die Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 1899 bezüglichen Teil des Anspruchs anlangt, führt die Anwendung des nach den Erörterungen unter I 2 hierfür maßgebenden Rechtes zu dem gleichen Ergebnisse. Nach BayrLR. T. IV c. 13 § 2 Nr. 4 und 5 entfällt der sonst dem neg. gestor eingeräumte Anspruch auf Vergütung, soweit er gegen ausdrückliches Verbot des Prinzipals oder nicht zu dessen Nutzen gehandelt oder sich erweislich mehr schenkungsweise als auf verbindliche Art der Sache angenommen hat. Hiernach ist Voraussetzung des Ersatzanspruchs, daß der neg. gestor „zum Nutzen des Prinzipals" gehandelt hat. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben, weil die Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn nicht entsprochen und die Unterhaltung der Tochter des Klägers keine gesetzliche Verpflichtung des Beklagten war. Daß die Bestreitung des Unterhalts der Frau G. dem Willen des Beklagten nicht entsprach, steht fest. Auch für das BayrLR. trifft zu, daß vor Einleitung des Scheidungsprozesses oder Erwirkung des sog. „permittimus" der Mann zur Alimentation der getrennt lebenden Frau nicht verbunden ist (vgl. BayLR. T. 1 c. 6 §§ 12, 40 und Entsch. des ObLG. IV S. 291 ff.). Wenn auch für besondere Fälle der Unterhaltsanspruch der getrennt lebenden Frau, die ohne Gefahr nicht bei dem Manne bleiben oder zurückkehren und die gerichtliche Bewilligung des gesonderten Wohnorts erwirken kann, wegen „Gefahr auf Verzug" schon vorher einzuräumen sein mag, so ist doch für die Frau G. schon für die Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 1899 die Voraussetzung einer solchen Ausnahme nicht gegeben; sie konnte vielmehr ohne Gefahr einstweilen zu ihrem Manne zurückkehren und die gerichtliche Bewilligung des gesonderten Wohnorts erwirken. Dazu kommt, daß das BayLR. den Ersatzanspruch des Klägers wegen des Mangels des animus recipiendi ausschließt. (Urt. vom 16. Januar 1906.) W.

432

II.

Auch bei Eheanfechtungen auf Grund der §§ 1331, 1336 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der geschäftsbeschränkte Ehegatte selbst Partei. Schweigendes Dulden des Zusammenwohnens der Gatten seitens des gesetzlichen Vertreters ist nicht Ehegenehmigung. Der 18 Jahre alte deutsche Staatsangehörige Otto M. schloß am 9. März 1904 in London vor dem Standesbeamten ohne Einwilligung seiner Mutter als gesetzlicher Vertreterin unter der Vorspiegelung, er sei 22 Jahre alt, die Ehe mit einer minderjährigen Deutschen und nahm ab 1. September 1904 mit seiner Frau bei seiner Mutter in M. Wohnung. Die Frau war damals schwanger und beide Gatten ohne Mittel. Die Mutter des Mannes hatte kurz vorher von der Eheschließung erfahren und äußerte sich zunächst über ihre Einwilligung überhaupt nicht, behandelte jedoch die Schwiegertochter nicht ungütig. Nach Umfluß einer Woche aber ließ sie ihr eine Anfechtungsklage zustellen (9. September 1904), worauf diese die Wohnung verließ. Auch Otto M. zog weg und verweigerte schließlich die Fortsetzung der Ehe, obwohl seine Frau am 20. November 1904 ein Kind geboren hatte. In der Klageschrift lautete das Rubrum wörtlich: „In Sachen Franziska M., Witwe in M., Klägerin, vertreten durch den Unterzeichneten." Auch in das Prozeßregister wurde Franziska M. als Klägerin eingetragen. Bei der Verhandlung erklärte der Klagsvertreter auf Befragen, daß Franziska M. in eigenem Namen und nicht im Namen und als gesetzliche Vertreterin ihres Sohnes klage. Daraufhin wies das Landgericht die Klage ab, weil auch im Falle des § 1331 BGB. Anfechtungskläger nur der geschäftsbeschränkte Ehegatte selbst sei und dem Vormunde, hier der Mutter, lediglich dessen gesetzliche Vertretung zukomme. Daran ändere nichts, daß letzterer allein die Entschließung über Anfechtung oder Nichtanfechtung zustehe. Franziska M. legte Berufung ein und machte geltend, die vorerwähnte Erklärung ihres Anwalts sei irrtümlich abgegeben und es erhelle aus den Prozeßschriften, daß sie nur als gesetzliche Vertreterin ihres Sohnes habe auftreten wollen. Von der Beklagten wurde dies bestritten und stillschweigende Genehmigung der Ehe durch Duldung des ehelichen Zusammenlebens geltend gemacht. Das Oberlandesgericht hob das Urteil auf, erklärte die Ehe für nichtig und überbürdete der Beklagten die Kosten. Als Klagspartei ist im Urteil zweiter Instanz angegeben: „M. Franziska, Witwe in M., als gesetzliche Vertreterin ihres minderjährigen Sohnes Otto M., Klägerin und Berufungsbeklagte."

Aus den Gründen: Es ist anzuerkennen, daß das Anfechtungsrecht im Sinne des § 1336 Abs. 2 Satz 2 des BGB sich nicht als ein eigenes Recht des gesetzlichen Vertreters darstellt. Die Parteirolle kommt auch im Falle der durch einen gesetzlichen Vertreter geschehenden Eheanfechtung dem von der gesetzlichen Vertretung betroffenen Ehegatten zu; (vgl. hierher Gaupp-Stein, ZPO. Anm. II bei § 612)[1]). Weiterhin wird ausgeführt, es sei glaubwürdig, daß der Klagsanwalt mißverständlich die Befragung in erster Instanz dahin aufgefaßt habe, ob sich die Klage auf die Eheschließung des Otto M. oder der Franziska M. stütze. Uebrigens sei auch in einer derartigen Rechtsfrage, wessen Klagerecht verfolgt werde, die Ansicht des Parteianwalts nicht ausschlaggebend und das Rügerecht der Beklagten mangels Ausübung in diesem Punkt schon in erster Instanz erloschen. Nach der

[1]) Ebenso erkannte das Landgericht München I am 14. Juli 1905 in der Sache E. 1277/05. Hier hatte der Vormund ausdrücklich als Streitgenosse in eigenem Namen neben dem von ihm gesetzlich vertretenen geschäftsbeschränkten Ehegatten geklagt. Das Landgericht wies seine Klage ab und überbürdete ihm unter Bezugnahme auf RGE. 32, 388, und 39, 384 ein Drittel der gemeinsamen Kosten.

ganzen Sachlage könne nur die Klagestellung als gesetzliche Vertreterin gewollt und gemeint sein. Die Anfechtungsbeschränkung des § 121 BGB. beziehe sich auf Prozeßhandlungen nicht. Materiell erachtete das Oberlandesgericht nachträgliche Ehegenehmigung nicht als vorliegend. Die Mutter des Ehemannes habe sich angesichts der Mittellosigkeit des jungen Paares und der Schwangerschaft der Frau in einer gewissen Zwangslage befunden; abgesehen von der Unterhaltspflicht gegenüber dem Sohne sei Hilfe schon ein Gebot der Menschlichkeit gewesen. Das nicht ungütige Verhalten gegen die junge Frau erkläre sich genügend durch deren Schonungsbedürftigkeit. Franziska M. habe auch mit Rücksicht auf deren fortgeschrittene Schwangerschaft offenbar nicht daran gedacht, daß das Beisammensein in ihrer Wohnung zu einem weiteren Geschlechtsverkehr der Gatten führen werde. Dazu komme, daß der ganze Aufenthalt der Ehegatten dortselbst nur acht Tage gedauert und Franziska M. schon vor der Eheschließung klar zu erkennen gegeben habe, daß sie mit einer solchen nicht einverstanden sei. Ein Grund zur Aenderung dieser Willensmeinung sei aus den Umständen nirgends ersichtlich gewesen. Aus der begreiflichen, einige Zeit erfordernden Abwägung des Für und Wider könne nicht schon eine Genehmigung gefolgert werden; mit ihrem einstweiligen Schweigen bis zur Klagezustellung habe Franziska M. offenbar nur weiteren Bestürmungen und Kämpfen entgehen wollen. Die Revision der Beklagten wurde durch Versäumnisurteil zurückgewiesen (Urt. v. 3 Juni 1905; Ver.-Reg. N 137/05 II).

468 N.

III.

Bedeutung der Lastenausscheidung in einem Kaufvertrag für die Ersatzpflicht des Verkäufers. Der Wirt D. verkaufte am 19. Sept. 1904 an den Säckler B. ein Anwesen, wobei vereinbart wurde: „Käufer übernimmt die Steuern, Lasten und Abgaben vom 1. Jan. 1905 ab, wie er von da ab auch die Nutzungen bezieht." Es stellte sich heraus, daß am 1. Okt. 1904 und 1. Nov. 1904 fällig gewesene Hypothekzinsen, desgl. die Grund- und Haussteuer für 1904 rückständig seien; B. legte die Beträge aus und verlangte von D. Ersatz. Dieser verweigerte ihn, weil der Vertrag keine Uebernahme einer solchen Haftung festgesetzt habe; D. habe das Anwesen selbst erst am 21. Juni 1904 von Frau G. erworben und mit dieser vereinbart, daß Nutzen und Lasten erst ab 1. Jan. 1905 übergehen sollten. Seine Haftung sei also bloß dinglich gewesen und mit dem Eigentumsübergang an B. erloschen. Der Käufer macht geltend, der Vertrag vom 19. Sept. 1904 könne nach Treu und Glauben nur als Uebernahme einer persönlichen Haftung aufgefaßt werden, zumal Käufer damals nicht gewußt habe, daß ein Dritter der Schuldner der Zinsen und Lasten sei. Das LG. wies die Klage ab und führte aus: Daß der Kläger bis zum 31. Dez. 1904 für die Lasten nach § 42 HypG. und Art. 122 AG. z. BGB. nur dinglich gehaftet hat, ist zweifellos. Dadurch, daß er als nicht persönlich haftender Eigentümer die Rückstände bezahlt hat, hat er gemäß § 58 Abs. 1 HypG. die Rechte des befriedigten Hypothekgläubigers erworben und die Befugnis erlangt, diese Rechte gegen den persönlich Verpflichteten geltend zu machen (Urt. d. ObLG. Samml. Bd. 9 S. 53 und Samml. Bd. 4 S. 114 ff.). Dieser persönlich Verpflichtete ist hier Frau G. Es geht nicht an, unter Berufung auf § 157 BGB. zu sagen, der Kaufvertrag vom 19. Sept. 1904 lasse nur die Auffassung zu, daß für die Lasten bis zum 1. Jan. 1905 D. die persönliche Haftung treffe. Denn, wenn es auch Regel sein mag, daß bis zu dem Zeitpunkt, wo der Käufer die persönliche Haftung für Lasten übernimmt, der Verkäufer hierfür persönlich haftet, so ist eine abweichende Normierung doch denkbar, namentlich wenn wie hier, der Verkäufer selbst erst kurz vorher das Anwesen erworben hat. Es kann jedenfalls der Käufer seine Ansprüche nicht auf den Kaufvertrag stützen. In zweiter Linie will der Kläger seine Ansprüche auf Arglist gründen, weil Beklagter ihn nicht auf die Haftung der G. aufmerksam gemacht habe, obwohl ihm bekannt gewesen, daß Käufer sich auf seine persönliche Haftung verlasse. Aber keinesfalls deckt sich der durch die angebliche Täuschung dem Beklagten nach § 826 BGB. zu ersetzende Schaden mit dem eingeklagten Betrag; vielmehr könnte dieser Schaden nur die Kosten des Prozesses darstellen. Vor dessen Anstellung hätte sich aber Kläger unschwer über die wirkliche Sachlage vergewissern können. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Meinung des Erstrichters läßt außer acht, daß hinsichtlich der Nutzungen und Lasten eines verkauften Anwesens die Vertragsteile eine Ausscheidung treffen müssen, ganz abgesehen von der Frage, wer der persönlich Berechtigte oder Verpflichtete ist. Die Vertragsteile müssen festsetzen, wie im Verhältnis zwischen ihnen die Lasten zu verteilen sind. Treffen sie eine solche Vereinbarung nicht, dann tritt die Vorschrift des § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB. in die Lücke. Darnach entscheidet der Zeitpunkt der Uebergabe; von diesem an trägt der Käufer die Lasten und bezieht die Nutzungen. Die vorher angefallenen Lasten hat im Verhältnis zum Käufer der Verkäufer zu tragen ohne Rücksicht darauf, ob er dem Berechtigten obligatorisch verpflichtet ist; ist es nicht der Fall, so hat der Verkäufer seinerseits einen Ersatzanspruch gegen den persönlichen Schuldner. Nach § 446 Satz 2 BGB. muß also der Verkäufer für einen Lastenrückstand aus der Zeit vor der Erwerbung des Anwesens durch ihn dem Käufer gegenüber aufkommen (Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 41 S. 300). Hier haben die Streitsteile eine Regelung dahin getroffen, daß in ihrem Verhältnis vom 1. Jan. 1905 ab Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergehen. Damit ist festgesetzt, daß die vorher angefallenen Nutzungen und Lasten den Verkäufer treffen, da es sich bei dieser Bestimmung nur darum handeln kann, daß entweder der Verkäufer oder der Käufer die Lasten zu tragen oder die Nutzungen zu ziehen hat. Der Beklagte hat zwar behauptet, daß er dem Käufer mitgeteilt habe, für die früheren Lasten habe G. aufzukommen. Es ist fraglich, ob im Falle der Wahrheit dieser Behauptung die Entscheidung anders ausfallen könnte. Dies wäre nur möglich, wenn man mit Rücksicht auf diese Erklärung den Kaufvertrag dahin auslegen könnte, daß die Haftung des Beklagten dem Käufer gegenüber für alle Lasten ausgeschlossen sein sollte. Es kann unerörtert bleiben, ob diese Auslegung vielleicht möglich wäre; denn es ist festgestellt, daß der Beklagte diese Erklärung nicht abgegeben hat (Urt. v. 28. März 1906; L 481/05 IV).

469 N.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Begriff der wesentlichen Bestandteile. Die Maschinenfabrik K. in N. verkaufte an die Metallwarenfabrik A. in A. 9 Drahtstiftschlagmaschinen, 1 Drahtstiftpresse und 3 Formerstiftmaschinen und behielt sich bis zur Zahlung des Preises das Eigentum an den der Käuferin übergebenen Maschinen vor. Der Preis ist nur zum Teile bezahlt. Ueber das Vermögen der Käuferin wurde Konkurs eröffnet. Von dem Konkursverwalter beanspruchte die Verkäuferin die Herausgabe der Maschinen. Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung des Konkursverwalters wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Aussonderungsanspruch ist nach § 43 KO. und § 985 BGB. begründet, wenn nicht der Eigentumsvorbehalt durch die Verbindung der Maschinen mit dem Fabrikgebäude oder durch ihre Einfügung in das Gebäude wirkungslos geworden ist. Es kommt darauf an, ob die Maschinen wesentliche Bestandteile des Gebäudes geworden sind.

Bestandteile einer Sache, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen geändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (§ 93 BGB.). Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die zur Herstellung eingefügten Sachen (§ 94 BGB.). Nach § 97 sind Zubehör bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Als solche Sachen sind in § 98 BGB. bei einem Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, insbesondere einer Fabrik, die zum Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften ausdrücklich bezeichnet. Aus §§ 97 und 98 BGB. folgt, daß eine Maschine nur dann, wenn sie nicht einen Bestandteil des Gebäudes bildet, Zubehör ist, es ergibt sich aus dem Gesetze weiter, daß die dauernde Bestimmung einer beweglichen Sache für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache unter Herstellung eines entsprechenden räumlichen Verhältnisses nicht genügt, um sie zum Bestandteil zu machen. Demnach können Maschinen allein deswegen, weil sie mit einem Gebäude in Verbindung gebracht sind, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, noch nicht als Bestandteile gelten. Es kommt vielmehr darauf an, ob im Falle der Trennung das eine oder das andere der Stücke zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Es ist nicht der Einfluß der Trennung auf das Ganze, sondern auf die Teile entscheidend und es kommt nicht so sehr auf die körperliche Existenz der getrennten Teile als auf die Beeinträchtigung ihres Zweckes und Wertes an.

Hier steht folgendes fest: Die Fabrik ist ein großes Gebäude, an das ein kleines Gebäude angebaut ist, in welchem sich die Dampfmaschine und die Kessel befinden. Der Bodenbelag besteht zum großen Teil aus Ziegelsteinen. Die von der Klägerin gelieferten Maschinen befinden sich im großen Gebäude. Sieben der neun Drahtstiftschlagmaschinen sind so an dem Boden befestigt, daß in das Pflaster Holzstücke eingelassen sind, die durch die Steine festgehalten werden, und daß die Maschinen durch Eisenstifte und Schrauben mit den Holzstücken verbunden sind. Eine Drahtstiftschlagmaschine ist mit dem Mörtel des Pflasters durch schmiedeiserne Stifte verbunden. Eine weitere ist derart befestigt, daß in eine auf das Pflaster aufgelegte Zementschicht zwei Holzstücke eingelassen sind und die Maschine an diese angeschraubt ist. Die Drahtstiftpresse steht ohne Verbindung auf dem Ziegelsteinpflaster; sie war früher durch Holzstücke und Schrauben ebenso am Erdboden befestigt wie die Mehrzahl der Drahtstiftschlagmaschinen. Eine der drei Formerstiftmaschinen steht auf einer Zementlage. Sie ist an einer Seite durch schmiedeiserne Stiften mit dem Boden verbunden. Die beiden anderen sind so befestigt, daß Holzbohlen in das Pflaster eingelassen sind und eine der Maschinen durch Eisenstifte, die andere durch Schrauben mit den Holzbohlen verbunden ist. In dem großen Gebäude sind weiter zwei Transmissionen vorhanden, an denen hölzerne Riemenscheiben angebracht sind, die durch Riemen die Maschinen mit den Transmissionen in Verbindung setzen. Die Transmissionen sind teils durch Säulen mit dem Erdboden verbunden, teils in die Seitenwände eingelassen. Sie sind durch Riemen verbunden; eine steht mit der Hauptantriebswelle und letztere mit der Dampfmaschine in Verbindung. Endlich stehen außer den beschriebenen Maschinen in dem großen Gebäude eine Hobelbank, drei Exzenterstanzen und weitere Drahtstiftschlag- und Formerstiftmaschinen.

Die von der Klägerin gelieferten Maschinen haben kein Fundament nötig und man kann sie durch eine normal breite Fabriktür transportieren. Die Verbindung der Maschinen mit dem Gebäude, die vorgenommen wird, damit die Maschinen bei dem Antriebe durch die Transmission nicht gleiten, ist sehr leicht lösbar. Es ist mit der Trennung von dem Gebäude keine Beschädigung verknüpft und die Maschinen leiden, wenn ihnen durch die Trennung die Beweglichkeit wieder gegeben wird, bezüglich ihrer Verwendbarkeit und ihres Wertes keine Einbuße. Auch das Gebäude leidet durch die Trennung keinen Schaden und bleibt nach der Entfernung als Fabrikgebäude verwertbar. Es bleibt zur Aufnahme gleichartiger oder anderer Maschinen geeignet.

Davon, daß die Maschinen zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstückes gehören, kann schon deshalb keine Rede sein, weil sie mit dem Boden nicht fest verbunden sind. Ebensowenig sind etwa die Maschinen zur Herstellung des Gebäudes eingefügt worden (§ 94 Abs. 2 BGB.). Es kommt auch hier in Betracht, daß die Trennung einer Maschine von dem Gebäude, die ohne Beschädigung des Gebäudes erfolgen kann, das Wesen des Fabrikgebäudes nicht aufhebt, weil ja die Maschine nur durch eine andere ersetzt werden muß.

Das ObLG. sagt in einem Beschlusse vom 7. März 1904 (Bd. V S. 122): „Für die Entscheidung der Frage, ob eine Sache durch körperliche Verbindung mit einer anderen Bestandteil einer neuen körperlichen Einheit oder Zubehör der anderen Sache geworden ist, ist maßgebend, ob sie durch die Verbindung ihre körperliche Selbständigkeit, insbesondere in wirtschaftlicher Beziehung ihre Bedeutung als selbständige Sache verloren hat oder nicht. Maschinen, die durch ein Verbindungsmittel so an das Fabrikgebäude angeschlossen sind, daß die Verbindung jederzeit gelöst und durch die Lösung den Maschinen die Beweglichkeit wieder gegeben werden kann, ohne daß eine Beschädigung der Maschine oder des Gebäudes damit verknüpft ist, haben durch die Verbindung nicht ihre Natur als selbständige Sachen verloren.“ Wendet man diesen Satz hier an, so sind die Maschinen nicht wesentliche Bestandteile geworden. Legt man aber auch, wie in verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 50 S. 241; JW. 1904 S. 548, 1905 S. 387, 1906 S. 189[3] u. [4]), Gewicht auf die Zweckbestimmung des Gebäudes, so gelangt man zu dem gleichen Ergebnisse. Nimmt man an, daß es sich speziell um eine Drahtstiftfabrik handelt und gerade darin das Wesen des Gebäudes besteht, so wird doch dem Gebäude bei der Entfernung der Maschinen diese Eigenschaft nicht genommen. Denn es steht fest, daß außer den fraglichen Maschinen in dem Gebäude abgesehen von den drei Exzenterstanzen auch sonst noch Drahtstiftschlag- und Formerstiftmaschinen vorhanden sind. Die Fabrik bleibt auch ohne die Maschinen eine Drahtstiftfabrik. (Urt. vom 26. April 1906.) D

488



Landgericht München I.

I.

Verstoßen die von einem Wirte mit seinen Kellnerinnen geschlossenen Verträge, durch welche letztere zur Zahlung sog. Putzgelder verpflichtet werden, gegen die guten Sitten? (§ 138 BGB.) Der Wirt W., der seinen Kellnerinnen nur Kost gewährte und sie auf die Trinkgelder verwies, hat in den Verträgen die Bestimmung getroffen, daß die Kellnerinnen für die Putzarbeiten zu sorgen haben. Diese wurden von den Kellnerinnen nicht persönlich vorgenommen; hierzu würde ihnen auch die Zeit gefehlt haben. Es wurden vielmehr von W. ständige Putzerinnen eingestellt. Diese wurden entweder von den Kellnerinnen entlohnt oder erhielten ihren Lohn durch W., der sich schadlos hielt, indem er von den Kellnerinnen Putzgelder erhob. Außerdem waren die Kellnerinnen verpflichtet, die ihnen beigegebenen Geschirrträgerinnen zu entlohnen. Einige Kellnerinnen erhoben nach ihrem Austritt gegen W. Klage zum Gewerbegericht auf Ersatz der Putzgelder und der für die Geschirrträgerinnen gezahlten Beträge. Zur Begründung wurde ausgeführt: Die Reinigung der Lokalitäten und Geschirre sei Sache des Wirtes. Ebenso liege die Tätigkeit der Geschirrträgerinnen nur im Interesse des Wirtes, da die Kellnerinnen die Bedienung der Gäste nicht allein besorgen könnten und daher ihre Unterstützung notwendig sei. Das Verlangen nach Zahlung der Putzgelder und Entlohnung der Geschirrträgerinnen habe daher nur den Zweck gehabt, einen Teil der Trinkgelder in sein Vermögen überzuführen. Dies verstoße gegen die guten Sitten. Das Gewerbegericht verurteilte den Beklagten zur Zurückzahlung der Putzgelder. Die Klagen auf Erstattung der für die Geschirrträgerinnen gezahlten Beträge wies es ab, weil die Zahlung dieser Beträge nicht im Interesse des Beklagten, sondern im Interesse der Klägerinnen erfolgt sei. Beide Teile legten Berufung ein. Das Berufungsgericht verneinte den Ersatzanspruch bezüglich der Putzgelder und der für die Geschirrträgerinnen gezahlten Beträge.

Aus den Gründen: Festgestellt ist, daß die persönliche Vornahme der Putzarbeiten von beiden Teilen nicht ins Auge gefaßt war, sondern diese davon ausgingen, daß die Arbeiten auf Kosten der Kellnerinnen von anderen Personen besorgt werden sollten. Der Beklagte wälzte sohin die Kosten der Putzarbeiten auf die Kellnerinnen ab, brachte also, da die Kellnerinnen diese natürlich aus ihren Trinkgeldern bestritten, einen Teil der Trinkgelder in sein Vermögen. Hierin liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten. Mag man auch das Trinkgelderwesen als Unsitte bezeichnen, so hat es sich doch so eingebürgert, daß den Kellnerinnen daraus ein regelmäßiger und zum Teil reichlicher Erwerb entspringt. Diese Erwerbsquelle entsteht nicht zufällig, sondern wird von dem Wirtschaftsunternehmern geschaffen. Wenn er eine derartige Erwerbsquelle eröffnet, so kann nichts anstößiges darin gefunden werden, daß er sich einen Anteil an dem Gewinne sichert. Es ist auch allgemein üblich, daß Betriebsunternehmer Posten, bei denen reichliche Trinkgelder erzielt werden (Portierstellen, Oberkellnerstellen in Hotels) um bedeutende Summen verpachten, ohne daß in diesen Verträgen die in Frage stehenden Kreise oder die Allgemeinheit einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken würden. Die Beweiserhebung hat ferner ergeben, daß die Kellnerinnen so reichliche Trinkgelder bekamen, daß ihnen nach Abzug ihrer Leistungen so viel blieb, daß sie eine zureichende, zum Teil reichliche Entlohnung hatten.

Die Aufwendungen für die Geschirrträgerinnen tragen keinen anderen Charakter als die Putzgelder; denn die Geschirrträgerinnen sind für den Wirtschaftsbetrieb erforderlich, und ihre Tätigkeit liegt im Interesse des Wirtes. W. hat durch Abwälzung dieser Kosten auf die Kellnerinnen sich einen Vorteil verschafft. Der Anspruch der Klägerinnen auf Ersatz ist aber gleichwohl unbegründet aus den oben ausgeführten Erwägungen, die auch hier zutreffen. (Urt. vom 10. Mai 1906.)

510 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Gäbhard in München.

II.

Der Arbeitgeber, der seinen Arbeitern keinen Barlohn zahlt, darf die von ihm gemäß § 52 KrankVG. gezahlten, auf die Arbeitnehmer entfallenden ²/₃ Krankenversicherungsbeiträge von den Arbeitern nicht einziehen (§ 53 KrankVG.). Der Wirt W. gewährte seinen Kellnerinnen nur Kost; Barlohn erhielten sie nicht; sie waren vielmehr auf Trinkgelder angewiesen. Nach den Verträgen zahlten die Kellnerinnen jede Woche an W. die auf sie fallenden ²/₃ Krankenversicherungsbeiträge. Mehrere Kellnerinnen erhoben gegen W. Klage zum Gewerbegericht auf Zurückzahlung der Beiträge, weil deren Erhebung nicht statthaft sei; sie dürften gemäß § 53 KrankVG. nur durch Abzug bei der Lohnzahlung eingezogen werden. Das Gewerbegericht verurteilte W. zur Zurückzahlung. Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Fassung des § 53 KrankVG. gibt Anlaß zu dem Zweifel, ob der Arbeitgeber, wenn kein Barlohn gewährt wird, wegen der auf den Arbeiter entfallenden ²/₃ Beiträge Rückgriff nehmen kann. (Gegen den Rückgriff: Reger-Henle, KrankVG. N. 5 zu § 53, Rasp N. 1 zu § 53, Piloty Anm. zu § 53, Röhne N. 2 zu § 53, Hahn N. 1ᵇ zu § 53, Weyl, Lehrb. des Reichsversicherungsrechts S. 194; für den Rückgriff: Rosin in „Recht der Arbeiterversicherung" Bd. I S. 550 und Woedtke N. 24 zu § 1 KrankVG.) In der Rechtsprechung herrschte ebenfalls Streit. Das Gewerbegericht München hat die Frage verneint (Zeitschr. „Das Gewerbegericht" 8. Jahrg. S. 160; dagegen Gewerbegericht Berlin; „Soziale Praxis" 13. Jahrg. S. 155). Das Kammergericht hat (Regers Entsch. Bd. 16 S. 373) ausgesprochen, daß es dem Wirt nicht unmöglich sei, den Kellnerinnen, die nur auf Trinkgelder angewiesen sind, Lohnabzüge zu machen; er könne dies durch Einbehaltung von Biermarken tun. Das Reichsgericht behandelt in der Entscheidung vom 12. Dezember 1902 (RGSt. Bd. 36 S. 31) folgenden Fall: Ein Wirt hatte die Einziehung der Beiträge so bewirkt, daß er bei der Abrechnung über die auf Biermarken abgegebenen Getränke und Speisen sich 5 Pf. über den Markenwert geben ließ. Das RG. entschied, daß der Wirt sich nicht nach § 82ᵇ KrankVG. strafbar macht, wenn er die so erhaltenen Beiträge der Krankenkasse vorenthält, weil die Verweisung der Kellnerinnen auf Trinkgelder keine Lohnzahlung und deshalb auch eine Kürzung im Wege des Abzugs unmöglich sei. Die Entscheidung sagt weiter, daß eine Verurteilung auch aus einem andern rechtlichen Gesichtspunkt ausgeschlossen sei. Das RG. verneint also auch die Strafbarkeit des Wirtes aus §§ 53, 80, 82 KrankVG. Daraus ist zu schließen, daß es die Einführung der oben angegebenen Erstattungsart für zulässig und dem § 80 KrankVG. nicht widersprechend erachtet.

Das Berufungsgericht hält den Rückgriff des Arbeitgebers für unzulässig: Das KrankVG. geht davon aus, daß der Versicherte zu Beiträgen herangezogen werden soll. § 51 KrankVG. regelt die Beitragspflicht so, daß die Beiträge zu ²/₃ auf den Arbeiter, zu ¹/₃ auf den Arbeitgeber entfallen. § 52 KrankVG. bestimmt, daß die Arbeitgeber die ganzen Beiträge an die Krankenkasse zu zahlen haben, und § 53 KrankVG. regelt die Art, wie sie die auf die Arbeiter fallenden Teile einziehen dürfen. Es fragt

sich, ob § 53 KrankVG. den allein möglichen Weg der Einziehung angibt oder die Einziehung nur für den Fall der Arbeitsleistung gegen Barlohn regeln will. Für erstere Auffassung spricht sein Wortlaut, der nicht zwischen den Arten der Lohnzahlung unterscheidet. Da das Gesetz in § 1 V den Fall der Beschränkung der Arbeiter auf Naturalbezüge ausdrücklich behandelt, ist nicht anzunehmen, daß es bei Regelung der Zulässigkeit des Rückgriffs diesen Fall außer acht gelassen hat. Wenn es trotzdem keine Bestimmung hierfür traf, ist anzunehmen, daß es hierfür keine andere Regelung treffen, sondern für diesen Fall den Rückgriff ausschließen wollte. Diese Absicht ist auch aus der Tendenz der Versicherungsgesetze und besonders des § 53 KrankVG. zu schließen; denn diese Bestimmung ist zugunsten der Arbeiter getroffen; es ist anzunehmen, daß das Gesetz einen Ersatzanspruch des Arbeitgebers, wenn er nicht auf dem für den Arbeiter am wenigsten drückenden Wege des Abzuges bei der Lohnzahlung geltend gemacht werden kann, nicht zulassen wollte. Andernfalls würde der Gesetzgeber dem Arbeiter, der Barlohn bezieht, also in der Regel besser gestellt ist, die Wohltat des § 53 gewährt, dagegen die auf Naturalbezüge beschränkten Arbeiter dem unbegrenzten Erstattungsanspruch des Arbeitgebers preisgegeben haben. Für diese Anschauung spricht auch die Begründung zum Abänderungsgesetze vom Jahre 1892 zu Art. 1 § 3 a und b (Drucks. d. RT. für die 8. Leg.-Per. I. Sess. 1890/91 Bd. III Nr. 151 S. 38). Hier wird die Versicherung der Lehrlinge behandelt und ausgeführt: „Diesen wird während der Lehrzeit von dem Meister in der Regel kein Lohn gezahlt. In diesem Falle hat der Meister, wenn die gesetzliche Krankenversicherung eintritt, die vollen Beiträge aus eigenen Mitteln zu bestreiten, da in Ermangelung einer Lohnzahlung auch die Einbehaltung von $^2/_3$ der Beiträge nicht möglich ist.“ Wenn das Berliner Gewerbegericht in der angegebenen Entscheidung ausführt, daß die Motive damit nicht sagen, daß jede andere Erstattung ausgeschlossen sei, da sie selbst auf den Lehrvertrag hinwiesen, durch welchen die Einziehung gesichert werden könne, so irrt es. Die Motive verweisen auf den Lehrvertrag nur in dem Sinne, daß die weitere Verpflichtung des Meisters, dem Lehrlinge bei Erkrankung freie Unterkunft und Verpflegung zu gewähren, beseitigt werden kann. Die Möglichkeit, sich von der Leistung der gesamten Beiträge zu befreien, erblicken die Motive nur darin, daß die Befreiung des Lehrlings von der Versicherungspflicht auf Grund des § 3 a Ziff. 2 KrankVG. herbeigeführt wird. Sie gehen sohin davon aus, daß, solange die Versicherungspflicht besteht, der Arbeitgeber die ganzen Beiträge allein zu bestreiten hat, wenn kein Barlohn gezahlt wird. Auch Abs. II des § 53 kann zugunsten dieser Anschauung herangezogen werden. Dort ist für die Fälle, in denen der Arbeitgeber Lohnabzüge in der vorgeschriebenen Weise nicht machen kann, die Einziehung auf anderem als dem in Abs. I vorgeschriebenen Wege für zulässig erklärt. Da eine gleiche Ausnahme für den Fall des Fehlens eines Barlohnes nicht gemacht wurde, ist zu schließen, daß das Gesetz für diesen Fall keine Ausnahme zulassen wollte. Die von B. beliebte Einziehung der auf die Klägerinnen entfallenden Beiträge ist daher durch § 53 KrankVG. verboten. Durch § 80 KrankVG. ist es verboten, die Bestimmungen des KrankVG. zum Nachteile der Versicherten durch Verträge auszuschließen oder zu ändern. Zugleich ist derartigen Bestimmungen rechtliche Wirkung versagt. Die Vereinbarung zwischen den Streitteilen ist daher gemäß § 134 BGB. nichtig. (Urt. vom 10. Mai 1906.)

509 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Gäbhard in München.

III.

Zur Auslegung des § 542 BGB. Kläger war Mieter eines Stalles mit Remise im Anwesen des Beklagten. Nach Ablauf des ersten Jahres des fünfjährigen Mietvertrages ordnete die Baupolizeibehörde den Abbruch der vom Vermieter vorschriftswidrig hergestellten Remise innerhalb einer kurzen Frist an. Mieter verlangte sodann unter Fristsetzung vom Vermieter den Nachweis der Aufhebung dieser Anordnung oder sonstige Abhülfe gegen den Verlust der Remise. Vermieter konnte die Aufhebung nicht erwirken und traf auch keine Vorkehrungen zum Ersatz der Remise, die an sich möglich waren. Nach Ablauf der Frist kündigte Kläger das Mietverhältnis gemäß § 542 BGB. Er erhob Feststellungsklage, daß das Mietverhältnis auf Grund der Kündigung gelöst sei, weil der Vermieter erklärt hatte, die Kündigung nicht anzuerkennen. Unter anderem setzte er der Klage entgegen, die Kündigung sei zu Unrecht erfolgt, weil zur Zeit der Kündigung dem Kläger der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache noch nicht wiederentzogen gewesen sei. Das Amtsgericht hat ohne Prüfung dieses Einwandes die Klage abgewiesen. Auf Berufung wurde der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen: Voraussetzung der Kündigung nach § 542 BGB. ist, daß der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Dieses Erfordernis erachtet das Berufungsgericht auch dann als gegeben, wenn der vertragsmäßige Gebrauch des Mietobjektes zwar noch nicht tatsächlich entzogen ist, dessen Entziehung aber in bestimmt absehbarer Zeit sicher bevorsteht. Die gegenteilige, auch in R. d. OLG. Bd. 5 S. 368 vertretene Meinung mißt dem Wortlaute „wird entzogen“ zu große Bedeutung bei und widerspricht den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB., die wohl auch für die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen sinngemäße Anwendung finden dürfen. Allgemeine Grundlage des Kündigungsrechtes des § 542 BGB. ist, daß es dem Mieter als Ausnahme der ordentlichen Kündigung nur zustehen soll, wenn ihm die Weitereinhaltung des Mietverhältnisses infolge der Gebrauchsentziehung nicht zugemutet werden kann. Dies trifft aber ebenso dann zu, wenn der Mieter, sei es auch ohne Verschulden des Vermieters, welches überhaupt nicht Voraussetzung der Kündigung nach § 542 BGB. ist, mit Gewißheit den vertragsmäßigen Gebrauch der gemieteten Sache innerhalb der Vertragsdauer in einem demnächst bestimmt eintretenden Zeitpunkte aufzugeben gezwungen wird, wie wenn ihm dieser Gebrauch sofort entzogen wird. Es kann dem Mieter nicht zugemutet werden, trotz einer sicher alsbald eintretenden Gebrauchsentziehung das Mietverhältnis ohne weiteres fortzusetzen und warten zu müssen, bis diese tatsächlich eingetreten ist, um dann erst Abhilfe verlangen und, wenn diese nicht erfolgt, kündigen zu können. Steht objektiv fest, daß die Gebrauchsentziehung sicher bevorsteht, so kann Mieter sofort durch Abhülfe deren Abwendung begehren und, wenn die Abhülfe nicht in einer dem Anspruche des Mieters auf Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches (§ 535 BGB.) genügenden Weise innerhalb angemessener Frist erfolgt, von der Kündigung des § 542 BGB. Gebrauch machen. (Urt. vom 8. März 1906 BR. Nr. F 84/06).

447 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

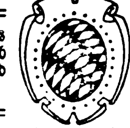
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 13. München, den 1. Juli 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die sogenannte fingierte Zurücknahme der Privatklage in der Berufungsinstanz.

Von Landgerichtsrat **Hagen** in Frankenthal.

Die Zurücknahme der Privatklage ist geregelt in § 431 StPO. Das Gesetz kennt nicht nur die ausdrückliche Zurücknahme (§ 431 I StPO.), sondern auch die sog. fingierte (§ 431 II StPO.). Der Grund für die letztere liegt in dem besonderen Wesen des Privatklageverfahrens. Denn, wenn dieses auch in der Hauptsache unter den Regeln des Strafprozesses steht, so nähert es sich doch seiner äußeren Form nach dem Zivilprozeßverfahren. Dies äußert sich insbesondere darin, daß die Staatsanwaltschaft in dem Verfahren auf erhobene Privatklage zu einer Mitwirkung nicht verpflichtet ist (§ 417 StPO.), und daß der ganze Betrieb des Verfahrens im wesentlichen dem Privatkläger obliegt — er hat die Klage zu erheben, er hat nachzuweisen, daß die formellen Voraussetzungen für diese gegeben sind usw. Das Gericht muß deshalb ein Zwangsmittel haben, den Privatkläger zum pünktlichen Betriebe des Verfahrens zwingen zu können und hierfür ist die sog. fingierte Klagszurücknahme bestimmt. Kommt nämlich der Privatkläger bestimmten richterlichen Anordnungen nicht nach, so gilt diese Versäumung als Zurücknahme der Privatklage ohne jede Rücksicht auf den entgegenstehenden Willen des Privatklägers.

§ 431 Abs. II StPO. bestimmt nämlich:

> Als Zurücknahme gilt es im Verfahren erster und, soweit der Angeklagte die Berufung eingelegt hat, im Verfahren zweiter Instanz, wenn der Privatkläger in der Hauptverhandlung weder erscheint, noch durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, oder in der Hauptverhandlung oder einem anderen Termine ausbleibt, obwohl das Gericht sein persönliches Erscheinen angeordnet hatte, oder eine Frist nicht einhält, welche ihm unter Androhung der Einstellung des Verfahrens gesetzt war.

Diese Befugnis des Gerichtes, dem Privatkläger für eine von ihm vorzunehmende Handlung unter Androhung der Einstellung des Verfahrens eine Frist zu setzen, ist nicht auf bestimmte gesetzlich vorgesehene Fälle beschränkt. Es ist aber selbstverständlich, daß die Vornahme der Handlung mit der betreffenden Privatklage im Zusammenhange stehen muß; der Richter darf nicht willkürlich die Vornahme von Handlungen verlangen, welche mit der Sache nicht zusammenhängen. Insbesondere ist es unzulässig, die Einstellung des Verfahrens anzudrohen für den Fall, daß der Privatkläger der ihm durch das Gericht auferlegten Verpflichtung innerhalb einer gewissen Frist den Vorschuß für Staatsgebühren zu entrichten, nicht nachkommt (vgl. Loewe-Hellweg § 431 Anm. 6). So einfach nun die fingierte Klagszurücknahme für das Verfahren erster Instanz ist, so verwickelt kann sie in der Berufungsinstanz werden.

Hierzu ist noch zu berücksichtigen der Abs. III des § 431, welcher bestimmt:

> Soweit der Privatkläger die Berufung eingelegt hat, ist dieselbe im Falle der vorbezeichneten Versäumungen unbeschadet der Bestimmung des § 343 sofort zu verwerfen.

§ 343 lautet:

> Jedes von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel hat die Wirkung, daß die angefochtene Entscheidung auch zugunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann.

Zu § 343 mag gleich folgendes hervorgehoben werden:

Aus der Fassung „kann", darf nicht etwa geschlossen werden, daß dem höheren Richter irgend welches Belieben bezüglich der zu erlassenden Entscheidung eingeräumt wäre, vielmehr besagt der genannte § nur, daß der höhere Richter, ohne durch den Zweck und die Richtung des Rechtsmittels gebunden zu sein, diejenige Entscheidung zu erlassen hat, welche er nach Lage der Sache für richtig hält. Eine andere Frage ist dagegen



die, in welchem Maße überhaupt der höhere Richter durch das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft befaßt wird. Diese Frage wird von § 343 nicht berührt, ist vielmehr lediglich nach sonstigen Bestimmungen (§§ 359, 368, 392) zu entscheiden. Es kann z. B., wenn die Berufung der Staatsanwaltschaft nur auf Verschärfung der Strafe gerichtet ist, zwar eine Milderung der letzteren erfolgen, nicht aber der Angeklagte für nicht schuldig erklärt werden. Betrifft das Urteil mehrere selbständige Delikte, so kann das nur bezüglich eines von ihnen eingelegte Rechtsmittel nicht bezüglich eines anderen zur Aufhebung des Urteils führen. (Cf. Loewe-Hellweg § 343 Anm 3.)

Diese Bestimmung des § 343 findet nun auch auf das Rechtsmittel des Privatklägers an sich Anwendung (§ 430 Abs. I) und sogar auch dann, wenn der Privatkläger die Berufung eingelegt hat und sich eine der in § 431 Abs. II StPO. aufgeführten Versäumungen zuschulden kommen läßt (§ 431 Abs. III).

Dies äußert aber wiederum eine sehr einschneidende Wirkung auf die Rechtslage in der Berufungsinstanz. In der Hauptsache sind drei Fälle zu unterscheiden:

A. Privatkläger legt Berufung ein;

B. Angeklagter legt Berufung ein;

C. Privatkläger und Angeklagter legen beide Berufung ein.

A: Der Privatkläger legt Berufung ein. Hier ist zu beachten, ob der Angeklagte freigesprochen oder verurteilt worden ist.

a) Ist er freigesprochen worden und der Privatkläger macht sich einer Versäumung nach § 431 schuldig, so wird seine Berufung sofort verworfen. Der § 343 kommt hier nicht weiter in Betracht, da ja der Angeklagte in erster Instanz freigesprochen wurde und er daher eine günstigere Entscheidung nicht mehr erreichen kann. Das Urteil erster Instanz bleibt demnach bestehen.

b) Ist der Angeklagte dagegen verurteilt worden und der Privatkläger macht sich einer Versäumung nach § 431 schuldig, so darf die Berufung nicht sofort verworfen werden, weil eben die Vorschrift des § 343 noch zu berücksichtigen ist. Es muß vielmehr in diesem Falle auf die Sache eingegangen und geprüft werden, ob der Fall nicht so gelagert ist, daß die angefochtene Entscheidung zugunsten des Angeklagten abgeändert oder aufgehoben werden muß. In welchem Maße sich das Berufungsgericht mit dieser Frage zu beschäftigen hat, ergibt sich aus dem oben zu § 343 Ausgeführten. Es ist demnach zu unterscheiden, ob der Privatkläger das erste Urteil seinem ganzen Umfange nach angefochten hat oder z. B. nur hinsichtlich des Strafmaßes; z. B. der Angeklagte A. ist auf die Privatklage des B. wegen eines Vergehens der Beleidigung nach § 186 StGB. zur Geldstrafe von 20 Mk. event. 4 Tagen Gefängnis verurteilt worden. B. legt gegen dieses Urteil Berufung ein, weil A. nicht wegen eines Vergehens der verläumderischen Beleidigung nach § 187 l. c. und dementsprechend zu einer höheren Strafe verurteilt worden ist. Macht sich in diesem Falle der Privatkläger einer Versäumung nach § 431 schuldig, so darf die Berufung nicht sofort verworfen werden; das Gericht muß vielmehr in die Verhandlung eintreten. Gelingt es nun dem Angeklagten, in der Berufungsverhandlung darzutun, daß ihm der Schutz des § 193 StGB. zur Seite steht oder sonstwie seine Unschuld nachzuweisen, so müßte das angefochtene Urteil aufgehoben und Angeklagter freigesprochen werden, trotzdem er sich bei diesem Urteile beruhigt hat. Hätte dagegen der Privatkläger B. in obigem Beispiele lediglich deshalb Berufung eingelegt, weil ihm die über den Angeklagten verhängte Strafe von 20 Mk., event. 4 Tage Gefängnis zu niedrig war, so müßte bei einer Versäumung nach § 431 seitens des Privatklägers das Berufungsgericht zwar gleichfalls in die Verhandlung eintreten und prüfen, ob nicht das angefochtene Urteil zugunsten des Angeklagten abgeändert werden muß, jedoch nur hinsichtlich des Strafmaßes. Es könnte demzufolge zwar die Strafe gemindert, aber der Angeklagte nicht freigesprochen werden, denn der Schuldausspruch des Erstrichters ist rechtskräftig geworden (vgl. Loewe-Hellweg § 343 Anm. 3).

Es ist nun aber auch möglich, daß dem angefochtenen Urteile mehrere selbständige Straftaten zugrunde liegen, z. B. der Angeklagte A. ist auf die Privatklage des B. verurteilt worden:

1. wegen eines Vergehens der Beleidigung nach § 185 StGB., begangen am 1. Dezember 1905, zur Geldstrafe von 20 Mk., event. 4 Tagen Gefängnis;

2. wegen eines Vergehens der Beleidigung nach § 186 StGB., begangen am 15. Dezember 1905, zur Geldstrafe von 25 Mk., event. 5 Tagen Gefängnis.

Der Angeklagte beruhigt sich bei dem Urteile, dagegen legt der Privatkläger Berufung ein, aber nur hinsichtlich des Vergehens sub 2, während er hinsichtlich des Vergehens sub 1 sich gleichfalls beruhigt.

In diesem Falle kann selbstverständlich die Wirkung des § 343 nicht die sein, daß bei einer Versäumung des Privatklägers nach § 431 das erste Urteil hinsichtlich des Vergehens sub 1 irgendwie mehr geändert werden könnte. In dieser Beziehung ist das erste Urteil rechtskräftig geworden. Bei der Berufung hinsichtlich des Vergehens sub 2 kommt es wieder darauf an, ob der Privatkläger das Urteil überhaupt oder nur wegen des Strafmaßes angefochten hat. Es

fragt sich nun weiter, wie es zu halten ist, wenn nur der Privatkläger Berufung eingelegt hat und sich in der Berufungsinstanz einer Versäumung nach § 431 schuldig macht und der Angeklagte erscheint in der Berufungsverhandlung nicht. Muß hier auch noch die Vorschrift des § 343 beachtet werden? Ist der Angeklagte freigesprochen worden, dann ist die Sache glatt, die Berufung des Privatklägers wird sofort verworfen, denn eine günstigere Entscheidung kann ja für den Angeklagten nicht erzielt werden. Ist dagegen der Angeklagte verurteilt worden, so muß meines Erachtens — auch bei dem Ausbleiben des Angeklagten — in die Verhandlung eingetreten und geprüft werden, ob nicht das angefochtene Urteil zu seinen Gunsten aufgehoben oder abgeändert werden kann; dies ergibt sich aus folgendem: Die Bestimmung des § 343 ist auch in Offizialsachen dann anwendbar, wenn der Staatsanwalt die Berufung eingelegt hat und der Angeklagte erscheint in der Berufungsverhandlung nicht; hier wird über die Berufung des Staatsanwaltes in Abwesenheit des Angeklagten gemäß § 370 StPO. verhandelt (vgl. Löwe-Hellweg § 370 Anm. 1a).

Gemäß § 430 StPO. findet aber die Bestimmung des § 343 auf das Rechtsmittel des Privatklägers Anwendung. Es ist deshalb unbedenklich, daß diese Bestimmung auch dann gewahrt werden muß, wenn zwar der Privatkläger in der Berufungsverhandlung, nicht aber der Angeklagte erscheint und das Berufungsgericht verhandelt in Abwesenheit des Angeklagten gemäß § 370 StPO. Es ist nun nicht ersichtlich, warum die Lage des Angeklagten schlechter sein soll, wenn der Privatkläger eine Versäumung nach § 431 begeht, als wenn er eine solche nicht begeht. Man könnte ja wohl einwenden, daß für das Gericht keine Veranlassung besteht, die Sache noch einmal zugunsten des Angeklagten zu untersuchen, wenn dieser selbst es nicht der Mühe wert findet, in der Berufungsverhandlung zu erscheinen, allein meiner Ansicht nach mit Unrecht. Denn der Abs. III des § 431 bestimmt einfach: „Soweit der Privatkläger die Berufung eingelegt hat, ist dieselbe im Falle der vorbezeichneten Versäumungen unbeschadet der Bestimmung des § 343 sofort zu verwerfen.“ Es ist hierbei keine Ausnahme für den Fall gemacht, daß auch der Angeklagte nicht erscheint. Dazu kommt dann noch, daß, wie schon oben erwähnt, die Prüfung nach § 343 nicht dem Ermessen oder der Willkür des höheren Richters überlassen ist, sondern er diejenige Entscheidung erlassen muß, welche er nach Lage der Sache für die richtige hält (vgl. Loewe-Hellweg § 343 Anm. 3).

Abgesehen hiervon sind auch noch Fälle denkbar, in denen die irrtümliche Verurteilung des Angeklagten glatt auf der Hand liegt, der Angeklagte kümmert sich aber um die Sache nicht mehr weiter, weil er die Rechtslage nicht beurteilen kann; z. B. der Erstrichter hat ihm den Schutz des § 193 StGB. versagt, während der Angeklagte im betreffenden Falle ihn beanspruchen kann.

Auch in diesem Falle muß aber wieder der Unterschied aufrecht erhalten werden, ob der Privatkläger das Urteil seinem ganzen Umfange nach, oder nur hinsichtlich des Strafmaßes, oder bei mehreren Reaten, ob er es nur hinsichtlich des einen oder anderen Reates angefochten hat.

(Schluß folgt.)

Die Verweigerung von Versäumnisurteilen.

Von Amtsrichter **Dr. Adolf Bechmann** in München.

Es ist eine bekannte Tatsache, daß in den Zivilsitzungen der am Sitze größerer Städte befindlichen Amtsgerichte für gewöhnlich eine erhebliche Zahl von Fällen — man mag als Durchschnitt etwa fünfzig annehmen — zum Aufrufe kommen, von denen sich allerdings ein entsprechender Prozentsatz in rascher Weise, z. B. durch Vertagung, Versäumnisurteil, Zurücknahme der Klage erledigt. Diese Prozesse sind gewöhnlich, wenn nicht alle, so doch zum größten Teil — ausgenommen etwa Beweisaufnahmen oder Sühnetermine — auf die gleiche Terminsstunde anberaumt.

Es ist dies ein Verfahren, das sich mit dem besten Willen nicht umgehen läßt und hat seinen Grund einmal darin, daß sich bei keiner Sache im voraus auch nur die mutmaßliche Dauer der mündlichen Verhandlung berechnen läßt; denn es kann eine weitschweifige, einen sogenannten einrissigen Prozeß vermuten lassende Klage in der oben angegebenen Weise sich im Termin in allerkürzester Weise erledigen, wie umgekehrt die einfachste Forderungsklage durch ein kompliziertes Gebäude von Einreden und angeblichen Gegenrechten eine höchst langwierige und zeitraubende Verhandlung gleich im ersten Termin, zumal wenn die Parteien selbst erschienen sind, nach sich ziehen kann. Andrerseits ist das genannte Verfahren mit Rücksicht auf die Rechtsanwaltschaft, in deren Händen auch beim Amtsgericht die Mehrzahl der Prozesse liegt, geboten; denn es ist für einen auch nur einigermaßen beschäftigten Anwalt ein Ding der Unmöglichkeit, einen nach Minuten festgesetzten Termin einzuhalten, selbst wenn das Gericht ihm für den pünktlichen Aufruf der Sache — was aber ausgeschlossen ist — garantieren könnte.

Die sich hieraus für die Anwaltschaft, wie für das Publikum ergebende Folge ist die gleiche. Sie besteht darin, daß beide bis zum Aufrufe der eigenen Sache zuwarten müssen. Nun ist zu konstatieren, daß sich die Rechtsanwälte wie das Publikum in den größeren Städten mit diesen

Verhältnissen, das Unmögliche ihrer Beseitigung einsehend, abgefunden haben und sich — abgesehen von den in Anwaltssachen durch das gegenseitige Sichverfehlen veranlaßten, an sich sachlich nicht erforderlichen Vertagungen — besondere Unzuträglichkeiten nicht gezeigt haben.

Immerhin kommt aber von Zeit zu Zeit der Fall vor, daß eine ungeduldige Partei sich aus den Reihen der Zuhörer und Geladenen an den Gerichtstisch vordrängt und mit der mehr oder weniger lebhaft vorgetragenen Behauptung, sie könne nicht länger auf den gegnerischen Anwalt warten, eine Vertagung oder ein Versäumnisurteil zu erzwingen sucht. Gehört die betreffende Persönlichkeit den Bevölkerungskreisen an, in welchen man Behörden gegenüber mit dem Vorwurf der Zurücksetzung der unbemittelten Klassen rasch bei der Hand ist, so kann der Richter den versteckten oder lauten Vorwurf leicht zu hören bekommen, daß er die Anwälte, denen er sogleich bei ihrem Auftreten ein Versäumnisurteil gebe, anders behandle wie das gewöhnliche Publikum, dem er zumute, auf den gegnerischen Anwalt zu warten.

Ueberzeugt sich nun der vorsitzende Richter von der Glaubhaftigkeit des Vorbringens der ungeduldigen Partei und will er ihr ein längeres Verweilen im Gerichtssaal nicht zumuten, so wird es die billige Rücksichtnahme auf die behaupteten besonderen Umstände erheischen, dem Begehren der Partei zu entsprechen und einen Vertagungsbeschluß zu erlassen.

Nun tauchen aber in unseren Sitzungssälen immer wieder Beklagte auf, die, mit den Gerichtsgebräuchen wohl bekannt und insbesondere davon unterrichtet, daß der gegnerische Vertreter oft genug nicht gleich bei Beginn der Sitzung anwesend ist, dies benützen, um mit allerhand vorgeschützten Gründen ihr längeres Verweilen im Gerichtssaale als unmöglich hinzustellen und auf Verbescheidung ihres Antrages auf Erlassung eines Versäumnisurteils mit größter Hartnäckigkeit bestehen, im Falle sie aber bei Gericht auf Widerstand stoßen, den Weg ins Vorstandszimmer gut zu finden wissen. Daß die Betreffenden gewöhnlich zur Kategorie der zahlungsunfähigen Schuldner gehören, sei nur nebenbei erwähnt.

Man kann nun immer wieder die Meinung vertreten finden, als sei der Vorsitzende verpflichtet, diesem Ansinnen nachzukommen, und manches Protokoll weist die Bemerkung auf, mit der sich der Richter dem Anwalt gegenüber gegen den Vorwurf mangelnder Rücksichtnahme zu decken sucht: „Das Versäumnisurteil wurde erlassen, da der Beklagte trotz richterlicher Belehrung auf seinem Antrage bestand“ oder „auf Antrag des Beklagten, der nicht länger warten zu wollen erklärte, wurde rc.“

Freilich, wenn der Richter auf Verlangen der Partei den Fall zum Aufruf gebracht hat, so steht ihm nach der ZPO. kein Grund zur Verweigerung des begehrten Versäumnisurteils zur Seite; in § 335 würde er vergeblich darnach suchen. Auch das ihm durch § 228 allgemein eingeräumte Recht der Vertagung von Amtswegen versagte, da dies durch § 337 ausdrücklich auf den Fall eingeschränkt ist, daß das Gericht dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen, oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert ist.

Will sich daher der vorsitzende Richter nicht dazu gedrängt sehen, dem Antrag stattgeben zu müssen, so muß er zu einem anderen Mittel greifen, nämlich den Aufruf der Sache bis zum Erscheinen des gegnerischen Anwalts verweigern; denn das Recht, die Reihenfolge des Aufrufs der einzelnen Prozeßsachen zu bestimmen, steht ihm als Leiter der Sitzung wie der mündlichen Verhandlung zu (§§ 136, 220). (Vgl. Gaupp-Stein, ZPO. § 220 Abs. I).

Nun steht allerdings auf dem Gebiet des Zivilprozesses, als eines öffentlich-rechtliche Verhältnisse regelnden Gesetzes, jedem Rechte des Gerichtes auch eine entsprechende Verpflichtung gegenüber, d. h. im vorliegenden Falle: dem Rechte des Gerichts, den Verhandlungstermin nach seinem Ermessen (freilich unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen, sowie unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 261 Abs. 2) festzusetzen, entspricht seine Verpflichtung, die Sache in dem bestimmten Termin zum Aufruf zu bringen. Die Terminsbestimmung enthält zwar zunächst nur die Erklärung, daß das Gericht zu der bezeichneten Zeit *bereit* sei, die Verhandlung mit den Parteien aufzunehmen (Gaupp § 216 Abs. 1); allein diese Bereitschaft ist keine freiwillige, sondern eine dem Gericht als Behörde auferlegte und daher erzwingbare.

Eine andere Frage aber ist die, welche Bedeutung der von dem Vorsitzenden bestimmten *Terminsstunde* zukommt.

Wäre ihre Festsetzung gleichfalls von zwingender Bedeutung in dem oben besprochenen Sinn, so zwar, daß jede Partei das Recht hätte, mit ihrem Eintritt den Aufruf der Sache verlangen zu können, so würde, was zunächst bemerkt sein mag, das Gericht mit der Ansetzung einer größeren Zahl von Sachen auf dieselbe Stunde, eine Verpflichtung auf sich laden, deren Erfüllung ihm unmöglich ist; dann aber wäre der gegenwärtige Zustand nur ein vom Publikum geduldeter, freiwillig ertragener, keineswegs aber ein dem Gesetz entsprechender.

Allein dies ist nicht der Fall. Denn wenn das Gesetz in § 261 bestimmt: „Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen“, so versteht es



darunter nur den Terminstag, nicht aber die Terminsstunde. „Termine sind Tage, an denen die Partei vor Gericht erscheinen und tätig werden soll" (Planck, Lehrbuch Bd. I S. 506); vgl. den „ordentlichen Gerichtstag" des § 500. Die nähere Angabe der Terminsstunde ist zunächst nur ein Entgegenkommen des Gerichts gegen das rechtsuchende Publikum und beruht auf keiner Verpflichtung. (Daß das Gericht hierbei auch sein eigenes Interesse, d. h. das einer geordneten Sitzung vor Augen hat, soll nicht geleugnet werden). Freilich hat die einmal der Terminsanberaumung beigefügte Stundenangabe auch eine rechtliche Bedeutung, aber nur die, daß vor ihrem Eintritt die Sache nicht aufgerufen werden darf (Planck a. a. O. S. 513). Daraus folgt, daß das Gericht nicht verpflichtet ist, eine bestimmte Terminsstunde anzugeben und daß sie keinen wesentlichen Teil der Terminsbestimmung bildet; bei ihrem Fehlen gilt daher als Terminsstunde die Stunde, zu der die Sitzungen des Gerichts regelmäßig beginnen (Gaupp-Stein § 221 Abs. I). Daraus erklärt sich auch die Bestimmung des § 220; nicht mit dem Eintritt der festgesetzten Terminsstunde, vielmehr mit dem Aufruf der Sache beginnt der Termin. Wann und in welcher Reihenfolge der Aufruf zu erfolgen hat, darüber sagt das Gesetz nichts. Auch das Reichsgericht billigt diese Auffassung und folgert daraus, daß die nachträgliche Verlegung der Terminsstunde keine Terminsverlegung ist und daher der sie anordnende Gerichtsbeschluß ohne Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen zugestellt werden kann (JW. 1895 S. 379).

Wenn daher auch die ZPO. in § 261 Abs. II und § 220 denselben Ausdruck gebraucht, so versteht sie doch im ersten Fall unter Termin nur den Terminstag, im letzteren Fall aber die Eröffnung der mündlichen Verhandlung im Sinne des § 136. Es wäre daher vielleicht zweckmäßig gewesen, in der erstgenannten Gesetzesstelle den Ausdruck „Terminstag" statt „Termin" zu gebrauchen.

Aus dem Gesagten ergibt sich daher, daß keine Partei ein Recht darauf hat, ihre Sache bei Beginn der Sitzung oder aber in der Reihenfolge des Sitzungsanschlages aufgerufen zu sehen, vielmehr bis zum Schlusse der Geschäftszeit des Gerichts des Aufrufs gewärtig sein und bis dahin warten muß (Planck a. a. O. S. 513). Daraus entsteht nun, wie oben bereits erwähnt, allerdings ein tatsächlicher Unterschied in der Behandlung des Anwalts vor dem Publikum; denn jener erhält bei seinem Auftreten, sobald die Reihe an ihn kommt, sein Versäumnisurteil gegen die anwaltschaftlich nicht vertretene Partei ohne weiteres, während diese mit ihren Anträgen bis zum Auftreten des Anwalts, das sich manchmal recht verzögern mag, vertröstet wird. Dies hat aber seinen einfachen Grund darin, daß von einer nicht erschienenen und nicht vertretenen Partei angenommen werden muß, daß sie auch im Laufe der Sitzung nicht mehr erscheinen wird, während das Gericht einem Anwalt gegenüber davon ausgehen wird, daß er seine Termine wahrnimmt und daher nur augenblicklich anderweitig beschäftigt ist.

Dieser scheinbare Unterschied in der Behandlung von Anwalt und Publikum wird dem Vorsitzenden ein Anlaß sein, die ungeduldig werdende, nicht vertretene Partei, der der gegnerische Anwalt zu lange ausbleibt, über die besonders gelagerten Verhältnisse der Anwaltschaft zu belehren und sie zu beruhigen, statt ihr etwa gleich mit der Sitzungspolizei zu drohen; denn ein freundliches Wort schadet der Richterwürde nicht, und die beste Sitzungspolizei ist die, die nie angewendet zu werden braucht.

Streitfragen aus dem Bayerischen Hinterlegungsrechte.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

VI. Wie erlangt der Gegner aus einer hinterlegten Sicherheit oder Streitsache Befriedigung?

(Schluß.)

Mißlich ist für die Hinterlegungsstelle und den Schuldner auch noch eine weitere Eigenheit der Verkaufsvorschriften über das Vertragspfand. Letzteres wird vom Verwahrer unmittelbar an den Pfandgläubiger abgeliefert; erst dieser übergibt es dem Gerichtsvollzieher, welcher auf Haftung und Gefahr des Gläubigers verkauft und den Erlös samt einem etwaigen Ueberschuß an denselben abliefert.[1]) Es ist also dem Gläubiger überlassen, diesen Ueberschuß an den Schuldner selbst zurückzuerstatten, was unleugbar zu einer größeren Unsicherheit für letzteren führt, als wenn der Gerichtsvollzieher von vorneherein direkt in den Besitz der Papiere kommt und selbst für Rückerstattung des Ueberschusses sorgen muß.

Diese unmittelbare Ablieferung von der Hinterlegungsstelle an den Gerichtsvollzieher läßt sich aber immerhin aus dem Schlußsatze des § 1231 BGB. herauslesen; denn Ablieferung an einen vom Gläubiger benannten Gerichtsvollzieher ist ja auch „Bereitstellen zum Verkauf". Ebenso kann man den Gerichtsvollzieher für verpflichtet erachten, den Ueberschuß direkt an die Hinterlegungsstelle zurückzugeben, da diese überschießende Wertpapiere ohnehin zurückzuhalten hat. Beides wird durch die entsprechende Anwendung, wie solche § 1257 BGB. vorsieht, hinreichend gedeckt. So betrachtet und gehandhabt, wäre das Verfahren nach §§ 1235, 1221 BGB. hinsichtlich der als Sicherheit hinterlegten Wertpapiere für alle Beteiligten genügend

[1]) Vgl. hiezu §§ 219 ff. Gesch.-A. f. GVollz.



brauchbar. Dabei darf übrigens eines nicht übersehen werden: Sicherheiten nach § 713 Abs. 2 kommen auf Seite des Schuldners bei richtiger Auslegung dieser Vorschrift nur selten in solchen Beträgen vor, daß Wertpapiere hinterlegt werden. Meist handelt es sich dabei um amtsgerichtliche Forderungssachen unter 300 Mark, so daß die Sicherheit sehr oft und bei Kautionen unter 100 Mark immer in bar erlegt wird.[1]) Nur bei Räumungsprozessen kommen höhere Abwendungskautionen vor. Der rechtskräftige Räumungstitel als solcher bildet aber überhaupt keinen urkundlichen Nachweis des Gläubigerrechts auf die Kaution, da durch die Verschiebung der Exmission möglicherweise gar kein Schaden entstanden ist, jedenfalls aber dessen Höhe nur im Prozeßwege festgestellt werden kann. Im landgerichtlichen Verfahren kommen Abwendungskautionen des Schuldners nur sehr selten vor, da die Urteile — außerhalb der Fälle des § 708 — ohnehin meist nur gegen Gläubigerkaution vollstreckbar sind. Selbstverständlich kann aber die verhältnismäßige Seltenheit solcher Kautionsrealisierungen den Gesetzgeber nicht von der Verpflichtung entbinden, einen legalen Weg hiefür zu eröffnen. Eine solche ist mit vorstehenden Ausführungen dahin gezeigt, daß die Hinterlegungsstelle die vom Schuldner erlegten Wertpapiere, soweit zur Deckung des Gläubigers erforderlich, unmittelbar an einen von letzterem benannten Gerichtsvollzieher herausgibt, sobald der Gläubiger Vollstreckungstitel mit Rechtskraftzeugnis vorlegt. Dieser Gerichtsvollzieher benachrichtigt den Schuldner von der bevorstehenden Verwertung, versilbert die Wertpapiere, übersendet den Schuldbetrag samt Schlußnote an den Gläubiger, den Uebererlös an die Hinterlegungsstelle und Protokollsabschrift an den Schuldner. Will der Schuldner seine Papiere, die vielleicht vorübergehend ungünstig stehen, vor dem Verkaufe schützen, so muß er rechtzeitig während der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist Zahlung leisten.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die eben geschilderte Realisierung nach den Normen des rechtsgeschäftlichen Pfands die einzige rechtlich denkbare Befriedigungsform des Gläubigers aus der Kaution bildet.

Der Gläubiger kann vielmehr seinen Vollstreckungstitel unmittelbar dadurch ausnützen, daß er die ihm zu Handen seines Gerichtsvollziehers ausgeantworteten Wertpapiere nicht nach Vertragspfandnormen verkaufen, sondern pfänden und nach § 821 ZPO. veräußern läßt. Das entspricht zwar nicht dem Vorbehalt des § 1233 Abs. 2 BGB., es ist aber zweifellos rechtlich zulässig und erspart dem Gläubiger die Beobachtung der einmonatigen Verkaufsfrist einschließlich der Androhung. Auch bestehen hiegegen nicht die bereits oben hinsichtlich der Pfändung des Rückgabeanspruchs erörterten grundsätzlichen Bedenken, weil diese Herausgabe nicht „Rückgabe" an den Hinterleger ist. Anderseits braucht sich der Schuldner allerdings die neuerlichen Pfändungskosten nicht gefallen zu lassen, da er ja bereits ein gesetzliches Pfandrecht herbeigeführt hatte, demnach die Pfändung an sich nicht notwendig war. Weigert sich freilich die Hinterlegungsstelle von vorneherein, die Wertpapiere an einen Gerichtsvollzieher herauszugeben, und behält sie im Wege der Verwaltungsbeschwerde Recht, so kann man dem Gläubiger nicht verdenken, wenn er mit der gebotenen Vorsicht den Rückgabeanspruch des Schuldners pfänden und sich überweisen läßt, wie dies vor 1. Januar 1900 üblich war. Dadurch werden natürlich die Kosten erheblich vermehrt; darüber kann sich aber der Schuldner solchenfalls um so weniger beklagen, als er diese durch seine Herausgabebewilligung (§ 31 HO.) hätte ersparen können und die Kosten einer Duldungsklage auf Pfandverwertung noch viel höher kommen. Gleichwohl muß zu solcher förmlichen Klage gegen den Schuldner immer dann geschritten werden, wenn die Anspruchspfändung aus den bereits oben erörterten Gründen (Konkurs, ältere Pfändung oder Verfügung des Schuldners) versagt. Dann steht die Sache genau ebenso wie vor dem 1. Januar 1900, d. h. der Kläger muß zu seinem gewonnenen Prozeß noch einen zweiten, unter Umständen gerade so kostspieligen führen, also eigentlich wieder von vorne anfangen. Daraus ergibt sich, welch großen Einfluß auf die praktische Gestaltung der Befriedigung die Behandlung solcher Depositen durch die Hinterlegungsstellen übt. Dem Bedürfnisse einer prompten Justiz entspricht hier nur eine möglichst umfassende Herausgabetätigkeit der Hinterlegungsstellen in eigener Zuständigkeit auf Grund des § 23 Abs. 2 HO.

In vorstehenden Ausführungen sind die Rechte des Gegners hinsichtlich einer hinterlegten Sicherheit klargestellt. Nunmehr erübrigt noch auf die Rechtsverhältnisse bei Hinterlegung des Streitgegenstands (im Sinne der ZPO.), gepfändeten Geldes, sowie des Erlöses versteigerter Gegenstände einzugehen. Hinterlegung des Streitgegenstands ist prozeßrechtlich nur im § 713 Abs. 2 ZPO. als Abwendungsmittel des Schuldners vorgesehen, und zwar nach seiner Wahl neben Sicherheitsleistung. Es bedarf keiner Ausführung, daß bei Summenschulden der Streitgegenstand nur in Geld, nicht in Wertpapieren hinterlegt werden kann,[1]) und daß solche Hinterlegung bei der Real-

[1]) Von unvertretenen Parteien wird im Amtsgerichtsprozesse der Abwendungsantrag selten gestellt, da die Belehrung hierüber nach § 503 ZPO. (m. E. mit Unrecht) meist unterbleibt. Hat der Kautionssteller einen Anwalt, so erfolgt nach Prozeßbeendigung in der Regel außergerichtliche Einigung über die Kautionsrealisierung. Auch hier zeigt sich wieder der große Vorteil sofortigen Erbietens zur Gläubigerkaution, die nach § 715 ZPO. alsbald nach Rechtskraft zurückverlangt werden kann.

[1]) Vgl. Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873, insbesondere Art. 9, 14.

exekution, abgesehen von § 883 überhaupt nicht denkbar ist. Im übrigen besteht seit Geltung der ZPO. bis heute über die Rechtsnatur dieser Hinterlegung Streit. Während die eine Partei sie als auflösend bedingte Leistung ansieht, betrachten die Gegner sie lediglich als eine Art Sequestration mit der Folge bedingter Herausgabeansprüche je nach Prozeßausgang. Die Frage ist wegen des Eigentums- und Gefahrübergangs, sowie wegen des Zinslaufs von Wichtigkeit.[1])

Hinsichtlich des Realisationsverfahrens aber kann nach beiden Ansichten gar kein Zweifel bestehen, daß die Hinterlegungsstelle auf Vorlegung des rechtskräftigen Titels dem Gläubiger den hinterlegten Streitgegenstand ohne weiteres ausfolgen muß.

Die Hinterlegung gepfändeten Geldes, Versteigerungserlöses oder der Valuta einer gepfändeten Forderung bedarf schließlich noch einer besonderen Erörterung. Allen diesen Fällen gemeinsam ist, daß hinsichtlich eines Vollstreckungspfands der normale Verwertungsgang gestört oder gehindert wird. Hinsichtlich Bargelds und Versteigerungserlöses ist die Zahlungswirkung hier durch §§ 720, 815, 819 ZPO. ausdrücklich ausgeschlossen und besteht darüber Einigkeit, daß das Pfändungspfandrecht an den gesondert verwahrten Geldstücken fortdauert. Im Falle des § 839 fehlt allerdings eine ausdrückliche Bestimmung. Jedenfalls muß hier zunächst der Drittschuldner befreit werden. Im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner würde man an sich § 1288 Abs. 1 BGB. zugrunde legen müssen; allein die dort vorgesehene vertragsmäßige Bestellung des Gläubigerpfands führt zu unerträglichen Weiterungen und muß deshalb nach § 1257 BGB. ausgeschlossen sein. Das Nächstliegende und dem Vollstreckungsverfahren Entsprechendste bleibt dann wohl Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts nach § 1287 BGB. an den hinterlegten und gesondert verwahrten Geldstücken. Die gleiche Befriedigungswirkung zugunsten des Drittschuldners tritt bei Hinterlegung nach § 853 (mehrfache Pfändung derselben Forderung) ein; das Eigentum am Geld wird auf den Schuldner übertragen und mit gesetzlichem Pfandrecht zugunsten der Pfandgläubiger belastet (RGE. 49, 357); der Rechtsgrund dieses gesetzlichen Pfands muß auch hier in der entsprechenden Anwendung des § 1287 BGB. gefunden werden. Die Realisierung nach Wegfall des Hinterlegungsgrunds ergibt sich hieraus von selbst. (Hinausgabe zur Vollstreckungsbeendigung an den Gerichtsvollzieher bzw. Forderungspfandgläubiger.)

Gehen die hinterlegten Geldstücke in den eben behandelten Fällen in das Eigentum des Staats (der Hinterlegungsanstalt) über, so kann sich das an den Geldstücken selbst begründete bzw. fortbestehende Pfandrecht nicht auf die Erstattungsforderung gegen den Fiskus übertragen, weil § 233 BGB. auf die Sicherheitsbestellung beschränkt ist.[1]) Für solche Fälle kann nur Art. 145 EG. z. BGB. samt HO. § 47 maßgeben. Hiernach ist die Hinterlegungsstelle „dem Empfangsberechtigten" zur Rückerstattung verpflichtet, d. h. also, sie zahlt die gleiche Summe, wie hinterlegt worden, an den aus, der die hinterlegten Geldstücke schließlich zu empfangen hätte, wenn sie noch unvermischt verwahrt würden.[2]) Das führt zu einem erheblich anderen Rechtsverhältnisse und Verfahren als

---

[1]) Für sofort wirksame auflösend bedingte Zahlung ist insbesondere RGE. 12, 397 und die Mehrzahl der älteren Kommentare, mit Ausnahme von Seuffert. Falkmann hat sich in der 2. Aufl. dagegen, in der 1. Aufl. dafür ausgesprochen. Die Gegnerschaft wächst offenbar auf die Autorität Jaegers (KO. § 49) hin, der die Hinterlegung des Streitgegenstandes nach der ZPO. als eine Art Sicherheitsleistung im weiteren Sinn mit Pfandwirkung auffaßt, um statt der von ihm verneinten Aussonderung wenigstens ein Absonderungsrecht konstruieren zu können. Wie gezwungen diese Konstruktion ist, zeigt sich bei einem Prozesse auf Eigentumsübertragung an einer hinterlegungsfähigen Spezies, z. B. einem Ring. Wendet hier der in erster Instanz zur Herausgabe verurteilte Ringverkäufer die zwangsweise Wegnahme des Ringes durch dessen Hinterlegung ab, so soll der Herausgabekläger daran zunächst ein Pfandrecht und erst mit Rechtskraft des Urteils das Eigentum erhalten. Dem Kläger steht aber eine Geldforderung, die durch ein Pfandrecht zu schützen wäre, zunächst gar nicht zu, wie ja auch die Vollstreckung, wäre deren Durchführung nicht gehemmt, nicht zu einem Pfandrecht führen würde. Auf den tiefgreifenden Unterschied im Hinblick auf §§ 898 ZPO., 17, 127 KO. kann hier nur andeutungsweise hingewiesen werden. Zuzugeben ist den Gegnern, daß die Zinsfrage bei Annahme sofortiger auflösend bedingter Zahlung Schwierigkeiten macht und der Schuldner dabei im Gläubigerkonkurse zu Schaden kommen kann. Allein ersterem Bedenken kann durch entsprechende Formulierung des Zinstenors (vgl. § 288 Abs. 2 BGB.) abgeholfen werden, und wenn der Konkursverwalter den Herausgabeprozeß endgültig verliert, so steht den Beklagten auf den Ring sicher ein Aussonderungsrecht zu. Bis zur Rechtskraft des Urteils erhält aber der Verwalter den Ring von der Hinterlegungsstelle doch nicht heraus; insoweit ist die Konkursordnung durch die ZPO. eben ergänzt (vgl. § 377 ff. BGB). Man ersieht hieraus, wie zweischneidig das Wahlrecht des Schuldners zwischen Sicherheits- und Streitsachehinterlegung ist und wie notwendig insbesondere bei Forderungen genaue Angabe hierüber in der Hinterlegungserklärung erscheint.

[1]) Die Kommentare wenden hier einfach § 233 BGB. analog an, so z. B. Gaupp-Stein, Seuffert. Das ist aber sehr zweifelhaft; eher ließe sich hinsichtlich des Versteigerungserlöses und der Forderungsvaluta, soweit gesondert verwahrt, an § 1247 BGB. denken. § 233 BGB. stand nämlich als Spezialbestimmung für Sicherheiten schon im Entw. I (§ 200), während der erst bei den Beratungen eingeschaltete Art. 145 EG. die in Entw. I unter dem Titel „Hinterlegung" eingereihte Vorschrift des § 280 Abs. 3 wiedergibt. Damit ist letztere zu einer generellen Bestimmung erhoben worden, von der nunmehr § 233 eine Spezialausnahme darstellt.

[2]) Actio succedit in locum rei. Das ist wichtig für Vindikationsansprüche Dritter an der Kaution oder dem sonstigen Depot, die durch den Eigentumsübergang auf den Staat an sich erloschen sind, aber in Gestalt einer Forderung kraft positiver Vorschrift fortleben. Es wäre auch höchst unbillig, die Rechte des Dritten verschieden zu behandeln, je nachdem die Hinterlegung zufällig bei einem Amtsgerichte oder der Bank stattgefunden

§ 233 BGB.; denn das in letzterem statuierte gesetzliche Pfandrecht an der Rückforderung scheidet aus, und an dessen Stelle treten einfache bedingte Forderungsrechte. Demnach erhält in den Fällen der §§ 815, 819 ZPO. der Gerichtsvollzieher einen dem hinterlegten Erlös (Geld) entsprechenden Betrag zurück, um damit in gleicher Weise zu verfahren, wie wenn die Vollstreckung durch die Hinterlegung gar nicht unterbrochen gewesen wäre.[1]) Im Falle des § 839 erhält den hinterlegten Betrag der seitens des Drittschuldners in der Hinterlegungserklärung benannte Forderungspfändungsgläubiger, und zwar direkt von der Hinterlegungsstelle. Im Falle des § 853 hat „das Amtsgericht" die Verteilung zu besorgen, und zwar bei zureichendem Betrage formlos, bei unzureichendem Betrage in Gestalt des Verteilungsplans.[2])

Blicken wir nunmehr auf die erörterten Rechts- und Verfahrensgestaltungen zurück, so ist das gebotene Bild kein sehr erfreuliches, weil allenthalben Zweifel und Unklarheiten auch in solchen Fällen auftauchen, die zum täglichen Bestand der Praxis gerade im Parteiprozesse gehören. Die dadurch geschaffene Rechtsunsicherheit bildet einen bedauerlichen Fehler des deutschen Prozeßrechts. Den Schöpfern der alten Fassung der ZPO. stand wenigstens die Entschuldigung zur Seite, daß es an einem einheitlichen Zivilrecht als Grundlage mangelte. Heute ist dieser Mangel gehoben, aber nur formell und scheinbar. In Wirklichkeit ist an die Stelle der Rechtszersplitterung die viel schlimmere Auslegungszersplitterung[3]) getreten, weil das BGB. für das Vollstreckungspfand überhaupt keine Norm, für das gesetzliche Pfand aber lediglich die völlig unzureichende Analogienorm des § 1257 besitzt. Es ist eine der dringendsten Forderungen der Praxis, daß bei der nach dem Zwischengesetze von 1898 immer noch ausstehenden gründlichen Reform des Zivilprozesses diese Streitfragen ausdrückliche und klare Lösung erfahren.

hat. Beweist hiernach ein Dritter, daß die hinterlegten Geldstücke ihm gehört haben, und bringt er hierüber ein rechtskräftiges Urteil gegen den Hinterleger oder dessen Rechtsnachfolger bei, so ist er der Bank gegenüber empfangsberechtigt; § 935 Abs. 2 BGB. schützt nur den Eigentumserwerb der Bank als solchen.

[1]) Eine Anschlußpfändung nach § 826 ZPO. ist in der Zwischenzeit nicht mehr möglich, sondern lediglich beschlußmäßige Pfändung der Forderung des Schuldners gegen den Gerichtsvollzieher auf Rückzahlung eines allenfallsigen Ueberschusses, z. B. wegen nachträglicher Erledigung von Pfändungen.

[2]) Derartige Entscheidungen und Verfügungen des Amtsgerichts nach der ZPO. sind wohl zu unterscheiden von den Weisungen nach § 49 HO., was sich z. B. schon hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit zeigt.

[3]) Wie unsicher dadurch die Rechtsanwendung wird, beweist z B der Wechsel in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Bereicherungsklage nach verspäteter Intervention (E 13, 179 einerseits, E. 43, 179 andererseits) und das jahrzehntelange Bestehen der Streitfrage über Pfandrechtsverlust durch Siegelbeseitigung (E. 35, 336; 57, 324).

Mitteilungen aus der Praxis.

Beschränkung der Rechte des Verteidigers durch die bayer. Gefängnisordnung. Der Entwurf der zur Zeit geltenden Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich wollte das Recht des Verteidigers zur beliebigen Rücksprache mit dem in Untersuchungshaft genommenen Beschuldigten für die Zeit *vor* Eröffnung des Hauptverfahrens von der jeweiligen Genehmigung des Richters, die von Fall zu Fall für jeden Besuch nachzusuchen wäre, abhängig machen; die Reichstagskommission dagegen wollte den Verkehr des Verhafteten mit seinem Verteidiger unter allen Umständen und ohne jegliche Beschränkung freigeben. Das Gesetz ist, wie die ganze StPO., das Ergebnis eines Kompromisses. Man einigte sich dahin, daß bei Verhaftung wegen Fluchtverdachts der Verkehr mit dem Verteidiger freigegeben sei, bei Verhaftung wegen Kollusionsgefahr dagegen soll, wie schon der Entwurf zur StPO. vorgesehen hatte, der Richter die Anordnung treffen können, daß eine Gerichtsperson den Unterredungen mit dem Verteidiger beiwohne, vorausgesetzt, daß das Hauptverfahren noch nicht eröffnet ist (§ 148 Abs. III StPO.). Das Gesetz überläßt es also dem Untersuchungsrichter oder dem Amtsrichter, zu prüfen, ob im gegebenen Falle Veranlassung gegeben ist, daß den Unterredungen einer wegen Kollusionsgefahr in Untersuchungshaft genommenen Person mit ihrem Verteidiger eine Gerichtsperson beiwohnen soll oder ob dies überflüssig sei. Das Gesetz will demnach, daß in jedem einzelnen Falle geprüft wird, ob der kollusionsverdächtige Verhaftete bei Gelegenheit des Besuches seines Verteidigers versuchen werde, eine der in § 112 StPO. vorgesehenen Handlungen, Zeugenbeeinflussung und dgl. in die Wege zu leiten. Nicht ganz mit Unrecht weist John, Kommentar zur StPO., darauf hin, daß die Beiordnung einer Aufsichtsperson so aufgefaßt werden könne, als ob der Richter gerade dem in Frage stehenden Verteidiger zutrauen wolle, er werde etwaigen Zumutungen seines Klienten nicht den nötigen Widerstand entgegen setzen. John ist auch nicht ganz im Unrecht, wenn er meint, dies sei für den Richter ebenso peinlich, wie es für den Verteidiger unter Umständen verletzend sein könne. Indessen muß man beachten, daß mit Rücksicht auf den Zweck einer gerichtlichen Untersuchung solche persönliche Regungen nicht Platz greifen dürfen und daß ja das ganze Verfahren gegen Beschuldigte bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens zur Zeit noch von dem Grundsatze der Nichtöffentlichkeit auch für den Verteidiger beherrscht ist. Wenn die Ausführung dieses Grundsatzes ihre Wirkung bis in das Arrestlokal äußert, so muß der Verteidiger schließlich damit zufrieden sein, wenn ihm überhaupt noch ein Verkehr mit seinem Klienten ermöglicht wird. Der Unterschied zwischen der nichtöffentlichen Voruntersuchung und der nicht ungehinderten Rücksprache des Verteidigers mit dem Beschuldigten ist für die Rechte des Verteidigers nur der, daß die Beschränkungen bei den Untersuchungshandlungen des Richters auf einem *allgemeinen* gesetzlichen Verdacht beruhen, bei den Besuchen dagegen auf einem gegen die Person des Verteidigers oder des Beschuldigten gerichteten Verdacht, allerdings in beiden Fällen nur auf einem Verdacht, zu dessen Rechtfertigung im einzelnen Falle Gründe nicht gegeben zu werden brauchen. Solange



also der unbedingte Verkehr zwischen dem Verhafteten und dem Verteidiger nicht freigegeben ist, braucht sich der Verteidiger nicht sonderlich darüber aufzuhalten, wenn von einer gesetzlich zulässigen Maßregel in gesetzlich gültiger Weise Gebrauch gemacht ist.

Das bayer. Verordnungsrecht geht aber in bezug auf die Einschränkung des Verteidigers noch weiter als die reichsrechtlichen Vorschriften. Die bayer. Dienst- und Hausordnung für die Gerichtsgefängnisse (Bek. der Staatsministerien der Justiz, des Innern und der Finanzen vom 10. April 1883, JMBl. 1883 S. 77 ff.) enthält Vorschriften, die mit den reichsrechtlich gewährleisteten Befugnissen eines Verteidigers, die doch schon beschränkt genug sind, nicht im Einklang stehen dürften. Maßgebend ist § 88 der erwähnten Gefängnisordnung. Abs. I des § 88 bestimmt, daß der Untersuchungsgefangene Besuch nur auf Grund richterlicher Erlaubnis empfangen darf. Da ja der Untersuchungsgefangene doch einmal in seiner persönlichen Freiheit beschränkt ist, läßt sich gegen diese Verordnung nichts einwenden. Desgleichen läßt sich nichts einwenden gegen Abs. III des § 88 l. c., wonach gewöhnlichen Besuchen immer eine Gerichtsperson oder ein Aufseher beizuwohnen hat. Dagegen bestimmt § 88 Abs. V: „Dem Untersuchungsgefangenen ist der mündliche Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. Die Zeit und den Ort der Besuche bestimmt der Vorstand. Solange das Hauptverfahren nicht eröffnet ist, dürfen Besuche erst zugelassen werden, nachdem der Richter darüber entschieden hat, ob der Unterredung eine Gerichtsperson beiwohnen soll.“ Dieser Abs. V enthält die lex specialis für Besuche des Verteidigers. Er steht im Widerspruch mit der StPO. § 148 III StPO. stellt es in das Ermessen des Untersuchungsrichters, in jedem einzelnen Falle eine Begleitperson für den Verteidiger zu bestimmen oder aber ihn frei passieren zu lassen. Daraus folgt, daß der Verteidiger frei aus- und eingehen kann, wenn der Richter von seiner Befugnis keinen Gebrauch gemacht und einen einschränkenden Beschluß überhaupt nicht gefaßt, sondern lediglich Haftbefehl erlassen hat. Einen Beschluß zu fassen und der Gefängnisverwaltung mitzuteilen, zwingt ihn das Reichsrecht nicht. Unterläßt es der Richter, einen Beschluß zu fassen, so gilt selbstverständlich der § 148 Abs. I StPO., d. h. der Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten unterliegt keinerlei Beschränkungen; eine Begleitperson kann der Verteidiger also in diesem Falle zurückweisen. Hier nun glaubt das bayer. Verordnungsrecht, allerdings wie uns scheint im Widerspruch mit dem Reichsgesetze, den freien Verkehr des Verteidigers einschränken zu dürfen. Offenbar deswegen, weil das Schweigen des Richters, anders als es das Reichsrecht will, nicht als Zustimmung, d. h. hier als Zustimmung zum ungehinderten Verkehre mit dem Beschuldigten, aufgefaßt wird, zwingt die Justizverwaltung den Richter, zu erwägen, ob er von einer ihm zustehenden Befugnis Gebrauch machen wolle oder nicht und einen diesbezüglichen Beschluß herauszugeben. Der Zwang offenbart sich darin, daß die Gefängnisverwaltung vor Eintreffen eines Gerichtsbeschlusses den gewährleisteteten freien Verkehr verweigern muß. Hierin ist eine im Wege der administrativen Anordnung herbeigeführte Beschränkung der Verteidigung zu erblicken. Nach dem Grundsatze: Reichsrecht geht vor Landesrecht, wäre die Verordnung an sich sehr ungefährlich, denn sie ist in dem Schlußsatze des § 88 Abs. V unwirksam. Man muß aber erwägen, daß den Gefängnisbeamten ihre Hausordnung mit Recht das höchste Gesetz ist und daß sie sich mit Recht darauf berufen, daß sie das Gesetz nicht zu kennen brauchen und sich an ihre Hausordnung halten.

Daß es aber unter Umständen für den Verhafteten von großem Nachteile sein kann, daß man in Bayern, nicht wie das Reichsrecht will, beim Schweigen des Richters den Verteidiger unbehelligt aus- und eingehen läßt, soll ein Beispiel zeigen. X. wird am 1. März nach einem richterlichen Verhör nicht lediglich wegen Fluchtverdachts verhaftet: der Richter hat die Befugnis, dem Verteidiger eine Begleitperson zu bestimmen, er hat aber keinen Gebrauch von seiner Befugnis gemacht, sondern einen gewöhnlichen Haftbefehl erlassen. Der Richter ist mit der Untersuchung gegen X. schon längere Zeit befaßt und kennt genau den Inhalt der Akten; wie überhaupt in Angelegenheiten des Untersuchungsrichters, wird sich ein anderer Landgerichtsrat desselben Gerichts nicht leicht dazu bereit finden, in dessen Vertretung eine Verfügung vorzunehmen. Am 2. und auch 3. März ist der Untersuchungsrichter dienstlich auswärts tätig. Am 2. März will der Verteidiger den Verhafteten wegen Anfertigung einer Haftbeschwerde sprechen. Er wird trotz der Vorschriften des § 138 StPO. von der Gefängnistür zurückgewiesen. Am 3. März erscheint der Verteidiger wieder. Er wird abermals zurückgewiesen. Die Vorschriften der bayer. Gefängnisordnung haben zur Folge, daß erst am 4. März der Verteidiger mit seinem Klienten die notwendige Vorbesprechung halten kann. Die Verhältnisse werden ja nicht oft so ungünstig liegen wie in diesem Fall, aber das Beispiel zeigt doch, daß die Beschlußfassung des Richters u. U. nicht leicht zu erlangen ist. Die bayer. Gefängnisordnung, die nach Mitteilungen der Tagespresse zurzeit einer Revision unterzogen wird, sollte demnach entsprechend geändert werden.[1])

Rechtsanwalt Dr. Herz in Frankenthal.

Einstellung des Verfahrens bei Zurücknahme von Privatklage und Strafantrag. Die Ausführungen in Nr. 18 Jahrg. I S. 386 dieser Zeitschrift bedürfen einer Berichtigung. Der Abs. 4 des § 431 StPO. kann nichts beweisen. Vor allem steht an dieser Stelle nichts davon, daß gegen die die Einstellung des Verfahrens aussprechende Entscheidung der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der einzige und ordentliche Rechtsbehelf wäre; deshalb heißt es auch a. a. O.: „unter den in §§ 44, 45 bezeichneten Voraussetzungen“. Die Bestimmung rechtfertigt sich vielmehr darin, daß hier die Wiedereinsetzung ausnahmsweise auch bei Versäumung eines Termines gewährt werden kann. Da übrigens hier der Fall zur Erörterung steht, daß der Privatkläger oder sein Ver-

[1]) Anm. des Herausgebers. Der Vorschrift des § 88 Abs. V der D.u.HO. dürfte u. E. genügt sein, wenn das Gefängnispersonal sich — wenn möglich telephonisch — vor der Zulassung des Verteidigers erkundigt, ob eine Beschränkung des Verkehrs angeordnet ist. Wird so verfahren, so werden die Rechte des Verteidigers nicht verkürzt. Zu bemerken wäre übrigens, daß eine dem § 88 Abs. II entsprechende Vorschrift auch in Preußen besteht.

treter in der Hauptverhandlung Privatklage und Strafantrag zurückzieht, kann § 431 Abs. 4 a. a. O überhaupt nicht in Betracht kommen.

Irrig ist daher die Behauptung: „Ein Schöffengerichtsurteil ist nur mit Berufung angreifbar", es sei infolgedessen durch die Einreihung eines eigenen Behelfes gegen die im Falle des § 431 zu treffende Entscheidung genugsam angedeutet, daß diese kein Urteil sein soll. Wie bemerkt, steht ja nicht gegen die Entscheidung an sich, sondern nur gegen die durch unverschuldete Versäumnis veranlaßte die Wiedereinsetzung offen. Diese ist aber auch ausdrücklich gegen Urteile gewährt worden (§§ 234, 356, 370, 382, 452 StPO.).

Damit sind auch die weiteren Ausführungen über die Beschwerde hinfällig, vor allem, „daß an Stelle der an sich zulässigen Beschwerde das Gesetz einen anderen Rechtsbehelf" in Gestalt der Wiedereinsetzung geben wolle. Beschwerde und Wiedereinsetzung schließen sich begrifflich niemals aus. Hinsichtlich der Entscheidung der vorliegenden Frage wird m. E. folgendermaßen zu unterscheiden sein:

Werden Privatklage und Strafantrag zurückgenommen und ist dies nach den Bestimmungen des materiellen Rechts zulässig (§§ 64, 194, 232 StGB.), so muß angesichts der bindenden Vorschrift des § 259 Abs. 2 StPO. die Einstellung des Verfahrens durch Urteil erfolgen. Es ist nicht einzusehen, mit welcher Berechtigung die klare Vorschrift der genannten Bestimmung hier ignoriert werden sollte. Die Stelle spricht von den Antragsdelikten im allgemeinen, gleichviel ob diese von der Staatsanwaltschaft oder im Wege der Privatklage verfolgt werden, und nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 424 Abs. 1 muß jene Vorschrift auch auf das Privatklageverfahren Anwendung finden. Nach Eintritt in die Hauptverhandlung kann jedoch in einem Beschluß nur dann auf Einstellung erkannt werden, wenn diese eine vorläufige ist (vgl. § 203 StPO.). Das Reichsgericht hat sogar ausgesprochen (Rspr. 3 [700]), daß am Schluß der Hauptverhandlung Einstellung nur durch Urteil, nicht durch Beschluß möglich ist, ein Beschluß hier ohne rechtliche Bedeutung ist und aufgehoben werden kann. Godron behandelt eigentlich nur diesen Fall, in dem Klage und Strafantrag ausdrücklich zurückgenommen werden. Die von ihm gelegentlich herangezogene fingierte Zurücknahme der Klage gehört nicht hierher, weil sie natürlich den Strafantrag nicht beeinträchtigen kann.

In dem Urteile ist gemäß §§ 496, 502, 503 StPO. auch Entscheidung über die Kosten zu treffen. Hat der Beklagte im Vergleich die Tragung der Kosten übernommen, so steht wohl nichts im Wege, insoferne auf den Vergleich Rücksicht zu nehmen, als die Kosten dem Privatkläger auferlegt werden, „jedoch unbeschadet der zwischen den Parteien getroffenen anderweitigen Vereinbarung".

Anders verhält es sich in dem zweiten Fall, wenn die Privatklage zurückgezogen wird, der Strafantrag aber nicht mehr zurückgenommen (vgl. StGB. § 64 im Gegensatze zu StPO. § 431 Abs. 1 Halbsatz 2) oder überhaupt nicht zurückgezogen werden kann (StGB. § 232 Abs. 2) oder wenn nur die Privatklage zurückgezogen wird, worin nach der herrschenden Ansicht (Stenglein, Olshausen, Oppenhoff, v. Liszt u. a., vgl. auch das RG. in E. 8 [207], 19 [374], Rspr. 1 [601]) nicht auch die Zurücknahme des Antrags liegt, soweit diese überhaupt zulässig. Hier hat die Einstellung durch Beschluß zu geschehen, da § 259 Abs. 2 StPO. hier eben nicht zutrifft und demgemäß die allgemeine Regel, von der § 259 Abs. 2 a. a. O. nur eine Ausnahme darstellt, in Wirksamkeit tritt, daß die Hauptverhandlung dann mit einem Beschlusse zu endigen hat, wenn es nicht zu einer Entscheidung in der Sache selbst, d. h. über den Strafanspruch des Staates kommt. Es liegt kein Widerspruch in der Behandlung der beiden Fälle: auf Rücknahme des Strafantrags hin erfolgt Urteil, bei Zurückziehung der Klage allein Beschluß, bei Zurücknahme beider muß das Urteil den Beschluß konsumieren, da beide Entscheidungen denselben Inhalt hätten. Der Vollständigkeit halber sei die Ansicht (Frese in Zeitschr. f. d. g. StRW. Bd. 5 S. 683 ff. und Rosenfeld) noch erwähnt, daß es im vorliegenden Falle überhaupt keiner ausdrücklichen Entscheidung des Gerichts über die Einstellung bedürfe. Es ist aber doch fraglich, warum bei ausdrücklicher Zurücknahme kein Beschluß ergehen sollte, wohl aber bei fingierter. Es entspricht die Forderung nach einer förmlichen Entscheidung auch der Natur unseres gegenwärtigen Strafprozesses; de lege ferenda wäre wohl nichts gegen die Ansicht der beiden Autoren einzuwenden.

Auf Seite derer, die Urteil verlangen, auch Meyer, Protokoll und Urteil, Berlin 1900, S. 148; ebenso Beschluß des OLG. München vom 3. Dezember 1898 in BlfRA. Bd. 64 (1899) S. 523. Dagegen Beschluß auf Einstellung: RG. vom 13. März 1902 in Recht 4 [216] und JW. 1902 [580]; ebenso Rumpf in BlfRA. Bd. 64 (1899) S. 122.

Rechtspraktikant Neumann in Passau.

Verpflichtung des ersuchten Grundbuchamts zur Aufnahme von Erklärungen. Im 7. Hefte dieser Zeitschrift auf S. 138 wird eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 19. Juni 1905, welche dem vom Amtsgerichte N. als Nachlaßgericht auf Ersuchen des Amtsgerichts T. als Nachlaßgericht über die Bewilligung der Löschung einer im Grundbuch des Amtsgerichts T. eingetragenen Nachlaßhypothekforderung aufgenommenen Protokoll die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 29 GBO. abspricht, bekämpft, weil in Bayern keine selbständigen Grundbuchämter beständen, vielmehr die bestehenden Amtsgerichte für die Verrichtungen des Grundbuchamts für zuständig erklärt seien, weil ferner gemäß Art. 19 AG. z. GVG. mehrere Richter desselben Amtsgerichts sich gegenseitig verträten und endlich weil die Zuständigkeit überhaupt nicht an die Person des einzelnen Richters geknüpft sei, sondern an das Gericht in der Weise, daß eine Handlung nicht um deswillen ungültig sei, weil sie von einem Amtsrichter vollzogen wurde, welchem ihre Erledigung durch die nur den inneren Dienst betreffende Geschäftsverteilung nicht übertragen war. Die Begründung wie ihr Ergebnis dürfte zu Bedenken Anlaß geben.

Bei der Entscheidung der Frage handelt es sich nicht darum, ob derjenige Amtsrichter, dem durch die Geschäftsverteilung die Verrichtungen des Nachlaßgerichts übertragen sind, mit Rechtswirksamkeit den Grundbuchrichter vertreten kann; denn darüber kann im Hinblick auf Art. 19 AG. z. GVG. ein ernstlicher Zweifel nicht erhoben werden.[1] Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob der Nachlaßrichter, der gar nicht in Vertretung des Grundbuchbeamten tätig sein will, in seiner Eigenschaft als Nachlaßrichter

[1] Vgl. auch Josef in Zeitschr. d. DNotV. 1905 S. 164; Recht 1905 S. 389 Nr. 82.



öffentliche Beurkundungen vornehmen kann, zu deren Vornahme eigentlich das Grundbuchamt zuständig wäre. Diese Frage hat mit der Geschäftsverteilung, von der Art. 17 AG. z. GVG. spricht, und mit der Vertretungsbefugnis mehrerer Amtsrichter desselben Gerichts, die Art. 19 AG. z. GVG. statuiert, nichts zu tun; denn sie gilt auch für die Amtsgerichte, für die eine Geschäftsverteilung oder Stellvertretung nicht in Frage kommt, weil sie nur mit einem Amtsrichter besetzt sind, oder bei denen die Verrichtungen des Nachlaßgerichts und des Grundbuchamts demselben Amtsrichter übertragen sind. Eine und dieselbe Behörde kann verschiedene Funktionen haben. So ist z. B. das Bezirksamt bald als reine Verwaltungsbehörde, bald als verwaltungsrichterliche Behörde tätig. Noch mannigfaltiger sind die Funktionen des Amtsgerichts. Es ist Prozeßgericht in Zivil- und in Strafsachen, es ist Vormundschafts-, Nachlaß-, Registergericht usw. Dies sind ganz verschiedene Tätigkeiten, die streng auseinander zu halten sind.[1]) Und es ist nur eine Folge dieses Grundsatzes, daß der Grundbuchbeamte, auch wenn er gleichzeitig Konkurs- oder Vollstreckungsrichter ist. die Eintragung des Konkurs- oder Beschlagnahmevermerks nicht ohne weiteres vornehmen darf, sondern daß er in seiner Eigenschaft als Konkurs- oder Vollstreckungsrichter das Grundbuchamt zu ersuchen hat und erst auf Grund dieses Ersuchens die Eintragung vornehmen darf. Nach Art. 15 Abs. 2 Satz 2 AG. z. GVG. sind die Amtsgerichte als solche nicht zuständig für die Beurkundungen, die nach den Vorschriften der Reichsgesetze durch ein Gericht oder einen Notar zu bewirken sind; wohl aber ist das Grundbuchamt zuständig, über Erklärungen, die vor ihm abgegeben werden, ein Protokoll aufzunehmen (§ 29 GBO.; Art. 9 AG. z. GBO.). So wenig daher bezweifelt werden kann, daß ein Protokoll, das ein Amtsrichter, dem an sich die Verrichtungen des Nachlaßgerichts oder irgend einer anderen Sparte übertragen sind, in Vertretung des Grundbuchbeamten aufnimmt, als öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO. zu erachten ist, ebensowenig kann bezweifelt werden, daß ein Protokoll, das ein Amtsrichter, auch wenn er der einzige Amtsrichter des Amtsgerichts ist, nicht in seiner Eigenschaft als Grundbuchbeamter, sondern in seiner Eigenschaft als Nachlaßrichter, Vormundschafts-, Register- oder Prozeßrichter aufnehmen will, sich nicht als öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO. darstellt. Es ist nun freilich nicht erforderlich, daß jeder Urkunde eines Amtsgerichts immer die Eigenschaft beigesetzt wird, in welcher der Amtsrichter die Urkunde aufgenommen hat; denn die Vorschrift des § 24 DAnw., wonach dem Namen des Amtsgerichts der Beisatz „Grundbuchamt" beigefügt werden soll, gilt nur für die Grundbuchämter, und auch da nur für Ausfertigungen und als Sollvorschrift; dagegen besteht eine ähnliche Bestimmung für das Vormundschaftsgericht, Nachlaßgericht rc. rc. nicht. Auch ist im Zweifel anzunehmen, daß der Richter den Gesetzen entsprechend verfahren ist. Wenn aber, wie bei der bekämpften Entscheidung des OLG. München, aus der Urkunde klar hervorgeht, daß sie der Amtsrichter in Ausübung einer ganz bestimmten Funktion aufgenommen hat, so muß dieser Umstand auch berücksichtigt werden.

II. Staatsanwalt Meikel in München.

[1]) de l'Espine S. 97 Jahrg. 1906 dieser Zeitschrift.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 119 Abs. 2, 459 Abs. 1, 462 BGB. Das Liegen eines Bauplatzes an einer alten, von Straßenbaukosten befreiten Straße kann Eigenschaft sein. Diese fehlte dem Bauplatz, wenn für ihn nachträglich auf Grund der bis dahin nicht angewendeten Vorschriften rechtskräftig solche Kosten eingefordert wurden.

Gründe: Allerdings fallen die auf einem Grundstück ruhenden öffentlichen und nichtöffentlichen Lasten zugunsten Dritter zunächst unter die Bestimmungen über sog. Rechtsmängel in §§ 434—444 BGB. Nach der Rechtsprechung hindert dies aber nicht, daß den Anschauungen des Geschäftsverkehrs gemäß derartige Belastungsverhältnisse als Eigenschaften der Sache gelten können, insbesondere dann, wenn sie von einer bestimmten örtlichen Lage des Grundstücks abhängig sind (wird näher im Anschluß an RGZ. 52, 2; 61, 84 ausgeführt). Dies hat das OLG. auch nicht verkannt, es gibt auch zu, daß beide Vertragsteile vom Vorhandensein jener Eigenschaft ausgegangen sind. Rechtsirrtümlich nimmt es aber an, daß sie z. Zt. des Vertragsabschlusses deshalb auch wirklich vorhanden war, weil bis dahin der § 81 der M. Bauordnung auf Baustellen an der äußeren W.-Straße niemals angewendet, sondern auf sie erst nachträglich infolge seiner neuen Auslegung, deren Richtigkeit es noch dazu bezweifelt, herangezogen worden sei.... Die Auslegung und Anwendung eines Gesetzes oder einer Verordnung durch die zuständigen Behörden in Fällen wie der vorliegende muß als maßgebend zurückbezogen werden und kommt es darauf nicht an, daß in anderen ähnlichen Fällen die Norm früher tatsächlich außer Anwendung blieb. Die Verwaltungsbehörden haben ihre Beschlüsse, womit sie den angezogenen § 81 anwendeten (und 4776,28 Mk. Straßenbaukosten einforderten), auf gewichtige Gründe gestützt, in keinem Fall besteht aber die Möglichkeit für die Gerichte, diese Beschlüsse als unwirksam und bedeutungslos für gegenwärtigen Rechtsstreit zu erklären und den dadurch geschaffenen Rechtszustand als nicht rückwirkend auf die Zeit des Vertragsabschlusses zu erachten. Hiernach war aber die oben besprochene Eigenschaft zu dieser Zeit nach der damals bestehenden Bauordnung nicht vorhanden.... Zur Nachholung der Prüfung der Frage, ob sich Kläger in einem Irrtum über eine nach Verkehrsanschauung wesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. im Irrtum befunden hat, muß daher die Sache zurückverwiesen werden. Der vom RG. ausgesprochene Rechtssatz, wonach gewöhnlich neben der Wandelungsklage aus § 462 BGB. die Anfechtung eines Kaufvertrags aus § 119 Abs. 2 BGB. unzulässig ist — vgl. RGZ. 61. 171 — kann in vorliegender Sache nicht Platz greifen. Denn auf § 459 Abs. 1 BGB. ist die Klage weder gestützt worden, noch liegen dessen Voraussetzungen hier vor (Urt. V 458/06 v. 2. Mai 1906).

517 — — r.

II

Zu §§ 812, 892, 880, 1163 BGB. I. Der Konkursverwalter kann eine Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners an Stelle des nichtausgefüllten Betrags einer Vorhypothek nicht zum Nachteil jener nachfolgenden Hypothekgläubiger geltend machen, die gegen — wenn auch nicht eingetragenen — Verzicht auf etwaige Eigentümerhypothek jener ersten Hypothek den Vorrang eingeräumt hatten.

Gründe: Bereits in dem Urteile RGZ. 59, 313



hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß für den dinglichen Umfang einer bewilligten Vorrechtseinräumung die Willenseinigung der Parteien auch dann als maßgebend angesehen werden müsse, wenn der Inhalt der Einigung in der Grundbucheintragung nicht vollständig zum Ausdruck gelangt ist, es sei denn, daß ein redlicher Dritter zufolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs entgegenstehende Rechte erworben hat. In Verfolgung dieses Grundsatzes wurde in dem damals entschiedenen Falle den Pfändungsgläubigern des Grundstückseigentümers das Recht, den nicht valutierten Teil einer Bankhypothek bei der Zwangsversteigerung als Eigentümergrundschuld zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, deshalb aberkannt, weil bei der von einem ausgefallenen Nachhypothekar zugunsten der Bankhypothek erklärten Vorrangseinräumung zwischen den Beteiligten ausdrücklich vereinbart worden war, das Vorrecht solle nur soweit reichen, als auf Grund der von der Bank zu gewährenden Baugelder die Baugelderhypothek selbst zur Entstehung gelangen würde, und weil die Pfändungsgläubiger, denen mangels rechtsgeschäftlichen Rechtserwerbs der Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite stehe, dieses Abkommen und das daraus sich ergebende Recht des Nachhypothekars auf vorzugsweise Befriedigung gegen sich gelten lassen müssen. Daß auch im vorliegenden Falle, wo für den in Konkurs verfallenen Grundstückseigentümer das Recht aus der Eigentümergrundschuld von dem Konkursverwalter verfolgt wird, die Sachlage in letzterer Hinsicht die gleiche ist, also der Einfluß des Grundbuchglaubens nicht in Betracht kommt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Im übrigen war an dem in jenem Urteil angenommenen Rechtssatze — vgl. auch RG. V 255 v. 4. April 1906 u. RGZ. 61. 37 — festzuhalten. Hiernach erweist sich der Widerspruch des Klägers, der aus dem Rechte seiner Zedenten dem Konkursverwalter gegenüber die Nichtwirksamkeit der Vorrechtseinräumung, soweit sie der Eigentümergrundschuld zugute kommen würde, zur Anerkennung bringen will, in rechtlicher Hinsicht als begründet (Urt. V 467/05 v. 21. April 1906).

II. Der vorerwähnte Verzicht auf Eigentümerhypothek muß aber feststehen. Daraus, daß der Vorrang für Baugelder eingeräumt wurde, folgt er nicht ohne weiteres.

Die Revision beruft sich auf RGZ. 61, 37, worin, wie sie meint, ausgesprochen sei, daß jede Vorrangseinräumung an Baugelder nur insoweit Geltung zu beanspruchen habe, als Baugelder wirklich gegeben worden seien, nicht aber auch insoweit, als hinterher an die Stelle der Baugelderhypothek eine Eigentümerhypothek trete. Aber einen solchen allgemeinen Rechtssatz enthält jenes Urteil überhaupt nicht. Es legt vielmehr dar, daß die Umstände so liegen können, daß als Absicht der an der Vorrechtseinräumung Beteiligten erkennbar wird, daß der Vorrang nur insoweit eingeräumt werden sollte und eingeräumt worden ist, als Baugelder tatsächlich gegeben und in den Bau verwendet werden würden und es führt aus, daß, wenn dies als die von den Beteiligten gewollte Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung festgestellt werden kann, die Beteiligten hieran gebunden sind und der Eigentümer (der damals vertreten durch den Konkursverwalter zu den Beteiligten gehörte) nicht für die Eigentümerhypothek das nur den Baugeldern gewährte Vorrecht in Anspruch nehmen kann. Ganz anders liegt der vorliegende Fall. — Dies wird näher ausgeführt. — (Urt. V 255/05 v. 4. April 1906.)

518 — — r.

III.

Zu §§ 909, 823, 831, 1004 BGB. Für schädliche Vertiefungsarbeiten kann auch der Eigentümer des vertieften Grundstücks, obschon dabei nicht selbst tätig, schadensersatzpflichtig sein Aber dazu ist Verschuldensbeweis gegen ihn nötig. Dieser kann trotz Ueberlassung der Arbeiten an sonst zuverlässige Leute dann geführt sein, wenn der Eigentümer wegen der sich zeigenden Schäden rechtzeitig gewarnt worden war.

Gründe: Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch der Eigentümer, der nicht selbst Eigentumsstörungen dem Nachbar gegenüber vornimmt, aber solche zuläßt oder von der Möglichkeit, sie zu verhindern, nicht Gebrauch macht, nach §§ 1004, 823 BGB. verklagt werden kann. Vgl. RGZ. 45, 297; 47, 162. Ebenso gewiß ist es aber, daß er zur Schadensersatzleistung wegen Störungen des Nachbargrundstücks im Sinne der §§ 906, 909 ff. BGB. nur dann angehalten werden kann, wenn ihm ein dabei begangenes Verschulden nachgewiesen ist. Was hiergegen von der Revision, auch schon von einzelnen gerichtlichen Entscheidungen, vorgebracht wurde, mag vielleicht auf die reine Eigentumsklage aus § 1004 BGB. zutreffen, aber für die Schadensersatzklage aus § 823 daselbst ist es unstichhaltig. Vgl. RGZ. 51, 177, Urt. des RG. V 114 v. 25. Okt. 05. In dieser Richtung kommt der Berufungsrichter der Klagepartei sogar zu weit entgegen, indem er einen Entschuldigungsbeweis vom Beklagten verlangt. Es ist nicht abzusehen, woraus diese Verschiebung der Beweispflicht gefolgert werden könnte. Immerhin mußte die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte, der die Vertiefungs- und Rammarbeiten auf seinem Grundstück zuverlässigen und sachverständigen Leuten überlassen habe, genügend entschuldigt sei, zugleich als ausreichende Feststellung der Beweisfälligkeit der Kläger gelten, wenn dabei nicht ein Vorbringen und ein Beweisantritt der letztgenannten über eine an den Beklagten ergangene Warnung übersehen worden wäre . . . Würde festgestellt, daß die Warnung wirklich erfolgte, daß trotzdem die Arbeiten auf dem Grundstück des Beklagten unter Nichtbeachtung des § 909 BGB. noch fortgesetzt wurden und daß diese Fortsetzung die schon bestehende Schädigung vermehrte oder neue Schäden hervorrief, so könnte die Berufung des Beklagten auf die zuverlässigen und sachkundigen Leute, durch die er die Arbeit ausführen ließ, nicht mehr genügen, wäre vielmehr in absichtlicher oder versehentlicher Unterlassung möglicher Abhilfemaßregeln auch auf seiner Seite ein Verschulden nach § 823 BGB. zu finden. Auch nach § 830 BGB. darf sich der Geschäftsherr nicht unbedingt und für alle Zeiten bei seiner vorsichtigen Auswahl des die Verrichtung ausführenden andern beruhigen, es liegen ihm vielmehr doch gewisse Ueberwachungspflichten ob, die jedenfalls dann wirksam werden müssen, wenn in ihm Bedenken über die Zuverlässigkeit und Sachkunde des andern angeregt sind. Vgl. JW. 1905 S. 284/8, S. 287/11, S. 486/3 (Urt. V 145/05 v. 21. März 1906).

463 — — — r.

IV.

Zu §§ 1020, 1024 BGB. Das Dienstbarkeitsrecht geht dem Mitbenützungsrecht des Eigentümers vor. Das Verhältnis zwischen beiden ist nicht nach § 1024, sondern nach § 1020 zu regeln.

Gründe: Die Ansicht, die Beklagte müsse als Eigentümerin des (als Durchfahrt dienenden) Hofes mindestens dasselbe Recht (zum Kohlenlagern 2c.) haben, welches sie als Anliegerin der öffentlichen Straße am Bürgersteig und Fahrdamm haben würde, ist falsch; denn ihr Eigentumsrecht geht nur soweit, als es nicht durch die Grunddienstbarkeit der Klägerin eingeschränkt ist. Die Grunddienstbarkeit muß grundsätzlich dem Rechte des Eigentümers vorgehen; dies wurde bei der 2. Lesung des Entw. z. BGB. aus-

drücklich hervorgehoben. (Vgl. Prot. 3, 321, Turnau-Förster LR. Anm. 1 zu § 1024.) Wie der Berechtigte seine Grunddienstbarkeit ausüben soll (ob von beiden Seiten, oder nur von einer Straße aus, auch mit Fahrrad oder nicht 2c.), hat nicht der Eigentümer des belasteten Grundstückes zu bestimmen, sondern dies ergibt sich aus dem Inhalte und Umfange, welche der Grundgerechtigkeit gegeben sind. Aus dem § 1024 lassen sich keine Gesichtspunkte für die praktische Anwendung des § 1020 entnehmen. § 1024 bestimmt ausschließlich das Verhältnis zweier Grundgerechtigkeiten zu einander, sowie einer Grundgerechtigkeit zu einem sonstigen Nutzungsrechte, während der § 1020 das Verhältnis des Servitutberechtigten zum Grundeigentümer betrifft. Die Meinung der Beklagten, unter dem sonstigen Nutzungsrechte sei im § 1024 BGB. auch das Eigentumsrecht zu verstehen, entspricht weder dem allgemeinen Sprachgebrauche, noch der besonderen Ausdrucksweise des BGB. (Die Revision gegen das Urteil des OLG., wodurch dem Eigentümer übermäßiges Kohlenlagern in der Durchfahrt verboten, dem Dienstbarkeitsberechtigten Zufahrt von beiden Seiten und Radfahren gestattet wurde, ist zurückgewiesen worden.) (Urt. V 501 v. 28. April 06.)

515 — — — r.

B. Strafsachen.

I.

Zum Begriffe der Fahrlässigkeit. § 59, § 347 Abs. 2 StGB. Aus den Gründen: Der Angeklagte hat zwei Gefangene in den mit Lattenwänden versehenen Holzstall bei dem Amtsgerichtsgebäude verbracht, um sie mit Holzspalten zu beschäftigen und sie dort durch Abschließen der Türe eingesperrt. Nach der Dienstesvorschrift (Dienst- und Hausordnung für die bayer. Gerichtsgefängnisse § 75) war er verpflichtet, die Gefangenen bei ihrer Arbeit außerhalb des Gefängnisses ununterbrochen zu beaufsichtigen. Statt dessen ging er zunächst anderen Dienstgeschäften und dann Privatgeschäften nach und gab nur dem Amtsgerichtsdiener Sch. mit der Frage, ob er noch im Gebäude bleibe, zu verstehen, er möge sich nach den Gefangenen umsehen. Als Sch. sich nach einiger Zeit entfernte und der Angeklagte noch abwesend war, entfloh ein Gefangener durch eine Lücke in der einen Giebelwand des Holzstalles. Objektiv ist der Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Entweichen des Gefangenen M. gegeben; denn wenn der Angeklagte die Gefangenen ununterbrochen bewacht hätte, hätte keiner entfliehen können. Dagegen verneint der Erstrichter die Voraussehbarkeit des Erfolgs. Er meint, der Angeklagte habe die Lücke im Giebel niemals bemerkt, es sei ihm die Möglichkeit der Entweichung „nicht bekannt" gewesen, er habe deshalb die Gefangenen für so sicher verwahrt halten dürfen wie im Gefängnisse. Diese Erwägungen beruhen auf Irrtum. Das Wesen der Fahrlässigkeit ist verkannt, weil der Erstrichter dem Angeklagten die Unkenntnis der Lücke zugute rechnet, ohne zu untersuchen, ob nicht schon sie auf Fahrlässigkeit beruht. Es war zu prüfen, ob der Angeklagte die nach seinen Fähigkeiten und den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt aufgewendet hat. Diese Prüfung hat der Erstrichter nach der Richtung unterlassen, ob der Angeklagte damit rechnen konnte, daß sich in den Wänden des Stalles eine Lücke befinde; der Umstand, daß dem Angeklagten die eine Lücke „nicht bekannt" war, berechtigte ihn nicht zu der Annahme, daß überhaupt keine Lücke vorhanden sei. Zu der erwähnten Prüfung war der Erstrichter um so mehr verpflichtet, als die Dienstesvorschrift dem Angeklagten die Gefährlichkeit der Verwahrung der Gefangenen außerhalb des Gefängnisses zum Bewußtsein bringen konnte. Es ergibt sich aus der Unterlassung des Erstrichters weiter, daß er auch die Pflicht des Angeklagten zur Erwägung der Bedeutung jener Dienstesvorschrift nicht genügend berücksichtigt hat. Damit hängt zusammen, daß der Erstrichter die Vorhersehbarkeit des Erfolgs verneint hat. Er hatte zu erwägen, ob der Angeklagte mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß sich in den Wänden des Stalles eine Lücke befinde; er hätte sich die Erfahrung des täglichen Lebens, wonach bei Bauwerken wie hier, Lücken oder Lockerungen der Verschlüsse leicht entstehen und zeitweise unentdeckt bleiben, vergegenwärtigen und erwägen müssen, ob der Angeklagte, wenn er mit pflichtgemäßer Ueberlegung zu Werke gegangen wäre, zur zuverlässigen Annahme des Nichtvorhandenseins einer Lücke oder sonstigen Gelegenheit zur Flucht hätte kommen dürfen. (Urt. d. I StS. vom 8. März 1906, 1 D. 1077/05.)

508 B.

II.

Zu dem Begriffe des Annehmenmüssens im Sinne des § 259 StGB. Die ungenügende Begründung dieses Tatbestandmerkmales wird mit Recht gerügt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der erste Richter ein fahrlässiges Handeln des Angeklagten angenommen, d. h. nur für erwiesen erachtet hat, daß der Angeklagte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den strafbaren Erwerb des Fahrrads aus den Umständen hätte erkennen müssen, ihn aber nicht erkannt hat, weil er die gebotene Sorgfalt nicht anwendete. Der § 259 a. a. O. erfordert stets ein vorsätzliches Handeln, dessen Beweis im Falle des „Annehmenmüssens" durch den Beweis des Vorliegens von Tatsachen geführt wird, aus denen sich mit Notwendigkeit ergibt, daß der Täter das Bewußtsein von dem strafbaren Erwerbe der Sachen hatte. Dafür aber, daß der Angeklagte auch nur Zweifel bezüglich des redlichen oder unredlichen Erwerbes des Fahrrads gehabt und etwa diese Zweifel doloserweise unterdrückt hat (dolus event.), als er das gestohlene Fahrrad kaufte, geben die Feststellungen keinen Anhalt. (Urt. des V. StS. vom 24. April 1906).

495 — — — e —.

III.

Darf der in der Hauptverhandlung als Beistand des Nebenklägers (Privatklägers) aufgetretene Rechtsanwalt ohne Vollmacht ein Rechtsmittel einlegen? (§§ 437, 418 StPO.) Die Revision ist von dem Rechtsanwalt N. als Vertreter des Nebenklägers eingelegt. N. war in der Hauptverhandlung nicht nur als Beistand des Nebenklägers aufgetreten, sondern hatte auch in dessen Gegenwart Anträge zur Sache gestellt, also als Vertreter gehandelt. Darnach ist die Bevollmächtigung, die nicht schriftlich zu sein braucht, als nachgewiesen anzusehen und die Revision war zulässig. (Urt. d. I. StS. v. 23. April 1906, 1 D 862/05.)

535 B.

IV.

Schwurgerichtliche Fragestellung bei § 219 StGB. (§ 293 StPO.) Entsprechend dem Eröffnungsbeschlusse hatte die Frage gelautet: „Ist die Angeklagte schuldig, ... Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben haben, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft und bei ihnen angewendet zu haben." Auf Revision des Staatsanwalts gegen das freisprechende Urteil wurde es aufgehoben.

Aus den Gründen: Aus § 219 StGB. ergibt sich, daß die Fragestellung eine irrige Auffassung der Geschworenen dahin herbeiführen konnte, daß zur Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestands das Ver-

schaffen und Anwenden der Mittel erforderlich sei, es sich also um einen sachlich zusammenhängenden und deshalb nicht trennbaren Tatbestand handle. Wenn auch durch den Eröffnungsbeschluß der Angeklagten der Tatbestand eines Verbrechens aus § 219 StGB. häufungsweise aus doppeltem Gesichtspunkte zur Last gelegt war, so durfte doch die Fragestellung nur in einer Weise erfolgen, die erkennen ließ, daß in jedem der beiden Fälle für sich allein der Tatbestand eines solchen Verbrechens erfüllt sein würde. (Urt. d. I. StS. v. 19. April 1906, 1 D 25/06.) B.

534

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

Zwangsversteigerung des Grundstücksanteils eines Hypothekenschuldners. Art der Berücksichtigung der auf dem Grundstück als Ganzes eingetragenen Hypothek im Verteilungsverfahren. Einfluß unzulässiger Versteigerungsbedingungen und unrichtiger Feststellung des geringsten Gebots auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten, insbesondere auf den Umfang der Leistungsschuld des Erstehers. Bedeutung der Berechnung dieser Schuld im Verteilungsplane. (Altes Recht.) Johann G. und Christian Gr. kauften 1898 von S. H. zwei Grundstücke zu gleichen Anteilen und bestellten dem S. H. für dessen Restforderung von je 41000 Mk. an jedem Grundstücke an 1. Stelle Hypothek. Im Juni 1903 wurden die Anteile des Johann G. mit Hypotheken für je eine Darlehensforderung von 7000 Mk. der Firma Kl. belastet. Christian Gr. verkaufte seine Anteile an die Eheleute Johann und Anna Gr. Im Dezember 1903 trat S. H. von seinen Hypotheken je einen Betrag von 2000 Mk. mit dem Range nach dem ihm bleibenden Betrage von je 39000 Mk. an Christan Gr. ab. Dieser betrieb in zwei gesonderten Verfahren die Zwangsversteigerung der Anteile des Johann G. Bei Feststellung der Versteigerungsbedingungen wurde in beiden Verfahren die auf dem ganzen Grundstücke ruhende Hypothek des S. H. zu 39000 Mk. in das geringste Gebot eingerechnet und bestimmt, daß der Ersteher die Hypothek und die persönliche Haftung für die Forderung des H. gegen Anrechnung auf das Meistgebot zu übernehmen habe; demgemäß erhielt Christian Gr. auf seine Meistgebote von 40461 Mk. und 40496 Mk. 60 Pf. den Zuschlag. In den Verteilungsplänen wurden nach den Forderungen der 1. Reihe die Hypotheken des S. H. mit je 39000 Mk. und 1060 Mk. Zinsen und Kosten voll angesetzt, der Rest der Masse zu je 22 Mk. 98 Pf. dem Christian Gr. zugewiesen.

Die Firma Kl. und Johann G. erhoben Widerspruch, den S. H. und Christian Gr. nicht als berechtigt anerkannten. Johann G. trat am 5. April 1904 alle seine Rechte an die Firma Kl. zur Sicherung der ihr gegen ihn zustehenden Forderungen ab. Die Firma erhob gegen S. H. und Christ. Gr. für jedes Verteilungsverfahren eine Klage und beantragte, 1. den Verteilungsplan dahin zu ändern, daß die Forderungen der Beklagten nur mit der Hälfte eingesetzt werden und der Rest des Erlöses den an dem Anteile des Johann G. Berechtigten und der Klägerin zugewiesen werde, 2. oder dahin, daß diese Verteilung für den Fall eintrete, daß die berücksichtigten Forderungen der Beklagten aus dem Anteile der Eheleute Gr. befriedigt werden; 3. oder den Christian Gr. zu verurteilen, an die Klägerin 19021 Mk. 34 Pf. nebst Zinsen oder doch an H. 39000 Mk. nebst Zinsen zu zahlen. Das Landgericht wies die Klagen ab. Nun erklärte Johann G., daß er der Klägerin in den Rechtsstreiten beitrete und legte Berufung ein. Nachdem das Urteil des OLG., das die Nebeninterventionen des Johann G. für unzulässig erklärt und dessen Berufungen verworfen hatte, auf sofortige Beschwerde dahin geändert worden war, daß die Nebeninterventionen des Johann G. gegenüber den Beklagten S. H. zugelassen wurden und nachdem auf Revision des Johann G. das Urteil des OLG., soweit es die Berufungen des Nebenintervenienten in der Richtung gegen den genannten Beklagten verworfen hatte, aufgehoben und die Sache zurückverwiesen worden war, wies das OLG. die Berufungen des Johann G. als unbegründet zurück. Die Revision blieb ohne Erfolg.

Die Gründe der Entscheidung mißbilligen die Annahme des OLG., daß es sich bei den Klagen gegen S. H. und Christian Gr. um eine notwendige Streitgenossenschaft der Beklagten handelte und den Schluß, daß die rechtskräftig gewordene Abweisung der Klage gegen Christian Gr. ihre Wirkung auch auf die Klage gegen S. H. erstrecke. Die Entscheidung wird aber aus folgenden Erwägungen aufrechterhalten: Die Klägerin und der Schuldner G. haben abweichend von der Ansicht des Vollstreckungsgerichts die Verpflichtung des Erstehers Gr. dahin aufgefaßt, daß er die in das Mindestgebot eingerechneten Beträge von je 39000 Mk. auch dann unverkürzt schulde, wenn die Hypotheken des S. H. bei der Verteilung der Erlöse nur mit der Hälfte zu berücksichtigen sind, die Haftung der belasteten Grundstücke für die andere Hälfte aber fortbesteht und mit der Klage gegen Gr. die Feststellung bezweckt, daß seine Verpflichtung diesen Inhalt habe. Daneben haben sie im Verteilungsverfahren gegen die Ansprüche des H. auf Berücksichtigung des ganzen Betrags seiner Hypotheken Widerspruch erhoben und diesen mit Klage verfolgt. Bei der Feststellung des Inhalts der Verpflichtung des Gr. war S. H., bei dem Streite über die Ansprüche des H. auf Berücksichtigung im Verteilungsverfahren war Gr. nicht beteiligt; eine Nötigung, die Klagen zu verbinden, bestand nicht. Die Ansicht, von der die Klägerin und Johann G. ausgingen, brachte es allerdings mit sich, daß sie an dem gegenüber S. H. erhobenen Widerspruche nur dann Interesse zu haben schienen, wenn sie über Gr. siegten. Dieses Verhältnis der Klagen konnte gemäß § 148 ZPO. Anlaß zu der Anordnung geben, daß die Verhandlung des Rechtsstreits über den Widerspruch bis zur Erledigung des Rechtsstreits gegen Gr. auszusetzen sei, aber nicht dazu führen, daß die Rechtskraft des in der Sache gegen Gr. ergangenen Urteils sich auf S. H. erstreckte, und dies konnte auch nicht dadurch bewirkt werden, daß gegen Gr. ein verkehrter Antrag gestellt wurde.

Bei dem 2. Antrage der Klägerin war S. H. nicht beteiligt, er richtete sich sachlich nur gegen Gr., der für den darin bezeichneten Fall zu einer weiteren Leistung verurteilt werden sollte. Die Verteilung dieser weiteren Leistung berührte weder H., der auf sie keinen Anspruch erhob, noch Gr., sie konnte nur im Verteilungsverfahren mit Ergänzung des Teilungsplans oder nachträglicher Verteilung geschehen. Die Rechtskraft der gegenüber Gr. ergangenen Entscheidungen konnte hiernach das OLG. nicht der Aufgabe überheben, die Ansprüche der Klägerin gegen H. zu prüfen. Es hat sich dieser Aufgabe auch unterzogen, und dem Ergebnis ist beizustimmen. Ueber den Einfluß der Versteigerung eines Anteils eines Grundstücks, das als Ganzes mit einer dem Beschlagnahmegläubiger vorgehenden Hypothek belastet ist, auf diese Hypothek bestehen, da die SubhO. Vorschriften nicht enthält, verschiedene Ansichten. Die herrschende Meinung (Begr. d. Entw. d. Nov. z. SubhO. in den Verh. d. K. d. Abg. 1885/86 Beil. Bd. IX S. 161, Ortenau-Henle S. 482 A. 6, Hellmann, Komm. z. SubhO. S. 185, Becher, BayLZR. Bd. II S. 1568 c, Regelsberger, BayHypR., 3. Aufl. § 84 III S. 397) geht dahin, daß die Hypothek, weil sie nicht den Anteil, sondern das

ganze Grundstück belastet, durch die Anteilsversteigerung nicht berührt wird, die Haftung des Grundstücks also nach dem Uebergange des Anteils auf den Ersteher fortbesteht. Nach einer anderen Ansicht ist die Hypothek eine die sämtlichen Anteile belastende Gesamthypothek. Es muß nicht erörtert werden, welche Ansicht den Vorzug verdient, weil Revision nach beiden unbegründet ist.

Nach der ersteren ist der Gläubiger der das Grundstück als Ganzes belastenden Hypothek bei der Zwangsversteigerung nicht beteiligt, die Hypothek wird nicht in das geringste Gebot eingerechnet und nicht aus dem Erlöse gedeckt, es ist aber nach Art. 55 SubhO. stillschweigende Versteigerungsbedingung, daß der Ersteher die Hypothek übernehmen muß, und es steht nichts entgegen, die Uebernahme in den Geboten der Uebung des Verkehrs gemäß durch Einrechnung des Betrags zu berücksichtigen. Auf ein in diesem Sinne abgegebenes Meistgebot ist dann der Betrag der zu übernehmenden Hypothek anzurechnen, nur der Ueberschuß bildet den Erlös. Wird in den Versteigerungsbedingungen der Betrag der Hypothek in das geringste Gebot eingerechnet, so wird nicht der Sinn der Gebote dahin geändert, daß der Bieter die Hypothek ohne Anrechnung übernehmen wolle, also den Betrag doppelt bietet, sondern nur die Uebernahme der Haftung für die Hypothek, die neben dem Bieten des das geringste Gebot bildenden Betrags Bedingung für den Zuschlag ist, unrichtigerweise als Bestandteil des Preises bezeichnet. Bei der Feststellung der Teilungsmasse muß der mit Unrecht eingerechnete Betrag ausgeschieden werden. Damit stimmen die Verteilungspläne überein, indem sie S. H. mit dem Betrage seiner Hypotheken an erster Stelle berücksichtigen. Die Rechte der Klägerin und des Schuldners G. sind daher nicht beeinträchtigt worden. Da die Hypotheken des S. H. nicht in dem geringsten Gebote zu berücksichtigen waren, fand die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der Nov. z. SubhO. über den Eintritt des Erstehers in die persönliche Haftung keine Anwendung. Die unrichtige Feststellung des geringsten Gebots hatte gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 der Nov. die Bestimmung zur Folge, daß der Ersteher auch in die persönliche Haftung einzutreten habe. Diese Bestimmung ist aber nicht zugunsten des H., sondern zugunsten des Schuldners G. getroffen und von der Klägerin nicht beanstandet worden.

Wird die das Grundstück als Ganzes belastende Hypothek als Gesamthypothek an den Anteilen behandelt, so ist ihr Betrag, auch wenn nur ein Anteil versteigert wird, nach den Art. 1, 5 der Nov. in das geringste Gebot einzurechnen. Nach Art. 8 Abs. 1 der Nov. wird die Gesamthypothek nicht übernommen, sondern ihr Betrag muß bar erlegt werden, in den Versteigerungsbedingungen kann aber nach Art. 19 Abs. 3 der Nov. auch ohne Zustimmung des Gläubigers die Uebernahme bestimmt werden. Die Gesamthypothek kommt mit dem ganzen Betrag in Ansatz, eine Verteilung ihres Betrags findet nach Art. 106 SubhO., wie im Abs. 1 des Art. 106 ausdrücklich gesagt ist, nur statt, wenn eine Mehrzahl belasteter Gegenstände in demselben Verfahren versteigert worden ist. Von derselben Voraussetzung macht das ZwVG. die in den §§ 64, 122 vorgesehene Verteilung abhängig. Die Teilung der Haftung nach dem Antrage der Klägerin würde das Recht des Gläubigers insofern beeinträchtigen, als er sich wegen eines Ausfalls, den er bei der Versteigerung des einen Anteils erleidet, nicht an den anderen Anteil halten könnte .... (Urteil vom 16. Februar 1906, 1. Sen. Reg. I Nr. 7/06.)

487 K.

Oberlandesgericht München.

I.

Zu Art. 14 Abs. 1 AG. z. BGB, § 890 BGB. Der Brauer A. hatte beantragt, daß für den rückständigen Preis des gelieferten Bieres Vormerkung auf mehreren dem Wirte gehörigen, früher auf einem Hypothekenbuchblatt, jetzt auf einem Grundbuchblatt vereinigten Grundstücken eingetragen werde; Erstrichter hatte die Eintragung nur auf der Pl.-Nr. X beschlossen. Das Beschwerdegericht hat angeordnet, daß die Eintragung auf dem Anwesen des Schuldners, wie es auf dem Grundbuchblatt vorgetragen ist, zu geschehen hat.

Gründe: Die Entscheidung des Erstrichters, welcher die Vormerkung nur auf der Pl.-Nr. X eintragen lassen will, beruht auf der Erwägung, daß nur diese „das Grundstück“ sei, auf dem die Schuldner ihr Gewerbe betreiben (Art. 14 Abs. 1 AG. z. BGB.); ihr liegt zugleich der Gedanke zugrunde, daß die buchmäßigen Voraussetzungen des § 890 Abs. 1 BGB. hier nicht gegeben seien. Dem ist nicht beizupflichten. Der Erstrichter verkennt nicht, daß, wenn die „anderen Grundstücke“ des Abs. 2 des Art. 14 AG. mit „dem Grundstücke“ des Abs. 1 dadurch zu einem Grundstücke vereinigt sind, daß sie der Eigentümer als ein Grundstück eintragen ließ, die Bestellung der Sicherungshypothek gemäß Art. 14 Abs. 1 ohne weiteres an diesem einen Grundstücke zu vollziehen ist. Es entspricht dies dem Willen des Eigentümers, der die Vereinigung vornimmt, um über die Grundstücke als ein Ganzes zu verfügen (vgl. Planck, Anm. 1; Staudinger, Anm. 1 zu § 890). Voraussetzung für eine derartige Vereinigung ist allerdings, daß der Eigentümer seinen hierauf gerichteten Willen erklärt hat und daß aus dem Grundbuche ersichtlich wird, daß die Grundstücke ein Ganzes bilden sollen (Planck, a. a. O. Anm. 2a, b). Demgemäß gibt auch über die Art und Weise, wie sich der die Vereinigung erkennbar machende Vermerk dann zu gestalten hat, die DA. f. GBÄ. in § 315 Ziff. 1 Winke. Es leuchtet jedoch ein, daß, um die aus § 890 Abs. 1 sich ergebenden Folgen herbeizuführen, nicht gefordert werden kann, daß die Vereinigung erst seit dem Zeitpunkte erfolgt sein müßte, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Ein der Vereinigung im Sinne des § 890 Abs. 1 sachlich entsprechender Zustand muß Beachtung finden, wenn er sich unter einem früheren Landesgesetz oder in den Normen der Uebergangszeit vollzogen hat. Eine allgemeine Umgestaltung der Hypothekenbuchblätter in Grundbuchblätter hat nicht stattgefunden; es gelten vielmehr gemäß § 24 Abs. 1 der AVO. vom 23. Juli 1898 (die Anl. d. Grundb. i. d. L. r. d. Rh. betr.), §§ 600 I, 601 DA. f. GBÄ. die nach den Vorschriften des HypG. angelegten Hypothekenbuchblätter als Grundbuchblätter. Erfolgte sohin auch schon vor dem Zeitpunkte, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen war, eine ersichtliche Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Ganzen, so muß sie auch gegenüber der vom Gläubiger verlangten Hypothekbestellung Platz greifen. Indem die Schuldner ihre auf einem Blatte vereinigten Grundstücke dem Pfandverbande unterbreiteten, sie insbesondere mit einer Hypothek für A. belasteten und die Eintragung ihrer Bierschuld in einzelnen Raten am 25. Oktober 1902 und 18. August 1903 als Hypothek an dem auf dem Hypothekenbuchsblatte vereinigten Grundbesitze geschehen ließen, obwohl sie nach § 109 HypG. über das Eintragungsgesuch gehört worden waren, haben sie ihren auf eine einheitliche Behandlung des Komplexes gerichteten Willen erkennbar gemacht (vgl. Gütl-Henle, HypG., 5. Aufl., Anm. 6 zu § 120; Samml. n. F. Bd. I S. 225, Bd. II S. 67). Daß letztere Entscheidungen

und ebenso der in der BayZfR. 1905 S. 28 mitgeteilte Beschluß des OLG. vom 3. Sept. 1904 jetzt, da das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nicht mehr einschlagen sollen, ist unerfindlich. (Beschl. vom 11. Januar 1906). W.

498

II.

Zur Auslegung der §§ 1570, 1574 Abs. 3 BGB. M. klagte gegen seine Frau auf Scheidung wegen eines vor dem 14. Juli 1904 begangenen Ehebruches, von dem er erst kurz vor der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft am 25. Februar 1905 Kenntnis erlangt hatte. Die Frau erhob Widerklage wegen Mißhandlungen und unsittlicher Zumutungen, räumte den Ehebruch ein und gab zu, daß die Widerklagstatsachen sämtlich vor dem Ehebruch vorgekommen seien und beide Gatten seither und bis zur Kenntnis des Ehemannes hiervon ehelichen Umgang gepflogen hätten. Das Landgericht sprach auf die Klage die Scheidung aus, wies die Widerklage wegen Verzeihung ab und äußerte sich hinsichtlich eines Mitschuldanspruchs wie folgt (Urt. vom 3. Juli 1905): Einen Antrag aus § 1574 Abs. 3 hat die Beklagte nicht gestellt, obwohl er neben der Widerklage für den Fall ihrer Abweisung zulässig gewesen wäre (JW. 1904 S. 489). Im Widerklagsantrag als solchem aber kann im Gegensatz zu Staudinger-Engelmann Note 3d zu § 1574 BGB. nicht schon dieser selbständige Mitschuldantrag erblickt werden. Andernfalls wäre das Gericht genötigt, auf einen stillschweigenden Parteiantrag eine ausdrückliche Abweisung zu erlassen, da selbstverständlich in der Abweisung der Widerklage noch nicht diejenige des Mitschuldantrags enthalten sein kann. Denn der Mitschuldausspruch kann ja ausweislich des Schlußsatzes des § 1574 Abs. 3 neben der Widerklagsabweisung bestehen. Eben diese Verschiedenartigkeit der Begründung spricht ferner gegen die bekämpfte Ansicht sowie weiter, daß bei Stattgebung der Widerklage der Schuldausspruch ohne jeden Antrag von Amts wegen erfolgen muß, während der selbständige Mitschuldausspruch aus § 1574 Abs. 3 nur auf Antrag geschehen kann. Es kann also der Widerklagsantrag als solcher unmöglich — ganz abgesehen von der Formvorschrift des § 207 ZPO. — als selbständige Willensäußerung der Beklagten auf Anwendung des § 1574 Abs. 3 BGB für den Fall der Abweisung der Widerklage angesehen werden. Möglicherweise hat die Beklagte nach Abweisung der Widerklage ja gar kein Interesse am Mitschuldausspruch mehr. Auch die RGE. in JW. 1904 S. 236 spricht eher für die Notwendigkeit eines selbständigen Mitschuldantrags neben dem Widerklagsantrag; denn sonst könnte das Reichsgericht nicht wohl sogar die Zulässigkeit eines solchen Eventualantrags in Zweifel ziehen; vgl. RGE. 49, 169. Uebrigens würde hier ein Mitschuldantrag nach § 1574 Abs. 3 BGB. auch der sachlichen Begründung entbehren. Nach seinem Wortlaut erfordert Abs. 3 die zeitliche Reihenfolge der relevanten Vorgänge so, daß der Mitschuldgrund dem Klagegrund vorangehen und die Verzeihung beider folgen muß. Ist die Reihenfolge anders, also z. B. der Mitschuldgrund bei Entstehung des Klagegrunds bereits verziehen oder noch nicht existent gewesen, so kann ein selbständiger Mitschuldausspruch nicht erfolgen. Ob diese Aenderung gegenüber den Entw. I BGB. auf einem Mißverständnis der allerdings unklar gedachten Motivenstelle (IV 608) beruht und zu Unbilligkeiten führt (vgl. Gravenhorst, ArchBürgR. Bd. 18 S. 259), ist hier nicht zu erörtern. Hier ist bei der Fortdauer des Zusammenlebens der Ehegatten nirgends feststellbar, daß bei Begehung des Ehebruchs der Frau (1904) noch ältere Mißhandlungen oder unsittliche Zumutungen des Mannes unverziehen vorgelegen hätten. Verziehene Verfehlungen des Ehemannes aber, die zeitlich erst nach Entstehung des Klagegrunds liegen, können nach obigem einen selbständigen Mitschuldausspruch nicht begründen. — Die Widerklägerin legte Berufung ein und erbrachte Beweis für einen Ehebruch des Klägers nach Aufhebung der Hausgemeinschaft; der Kläger wendete Verzeihung ein, weil die Widerklägerin in einem Briefe trotz Kenntnis dieser Ehebrüche, allerdings ohne deren Erwähnung, ihn um Wiederaufnahme gebeten, Besserung versprochen und ihn ihrer Liebe versichert habe. Die Widerklägerin bestritt, daß durch diesen Brief Verzeihung eingetreten sei, denn der Ehemann habe ihren Vorschlag der Wiedervereinigung abgelehnt. Das Oberlandesgericht trat letzterer Auffassung bei.

Aus den Gründen: Es geht nicht an, daß der Kläger, während er den Vorschlag zur gütlichen Beilegung zurückweist, die Beklagte an den Vorschlag in der Weise binden will, daß sie ihm damit verziehen habe. Der Vergleichsversuch ist keine Verzeihung. Daß der fragliche Brief nicht mehr als ein solcher sein sollte, womit auch dessen Inhalt im Einklang steht, ergibt sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen der Beklagten, sie sei zu dem Brief durch einen angeblichen Gruß des Klägers bestimmt worden, den ihr die Kinder ausrichteten, so daß sie zu dem Glauben gekommen sei, ihr Mann sei einer Versöhnung nicht abgeneigt. (Urt. vom 10. März 1906; BR. L II 719/05).

467 N.

Oberlandesgericht Nürnberg.

I.

§ 6, 7 des UWG., § 826 BGB., exceptio rei judicatae. Für die Firma A. W. & Co. (Klägerin) sind für die von ihr hergestellten Pastillen und Bonbons als Warenzeichen „Pastilles d'orateurs" und „Dorateur" in der Zeichenrolle des Patentamtes eingetragen. Unter der Behauptung, daß in der Zweigniederlassung der Beklagten mit deren Wissen und Willen minderwertige Nachahmungen als pastilles d'orateurs verkauft würden, daß dies gegen die guten Sitten verstoße und schadensersatzpflichtig mache, erhob die Firma unter Berufung auf § 826 BGB. Klage auf Unterlassung. Die Beklagte wendete ein, daß eine auf die gleichen Tatsachen gegründete Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: In dem ersten Rechtsstreite erklärte der klägerische Anwalt, daß er die Klage auf das Warenzeichen- und Wettbewerbs-Gesetz stütze. Er hätte es dem Richter überlassen können, auf die vorgebrachten Tatsachen das Recht zu finden und anzuwenden. Der Richter hat den der Klage zugrunde liegenden Tatbestand nur begrenzt durch die Klagebitte nach allen rechtlichen Beziehungen zu würdigen (Petersen-Remelé-Anger ZPO., 5. Aufl., Bem. II 4 zu § 268). (Es folgen Ausführungen über die Identität des Klagegrundes.) Beide Klagen stützen sich somit auf dieselbe unerlaubte Handlung, nur das subjektive Moment ist in der zweiten Klage mehr herausgehoben und ein anderes Gesetz als verletzt bezeichnet. Die Identität des Klagegrundes wird geändert, wenn die der richterlichen Beurteilung unterstellte tatsächliche Grundlage des Rechtsverhältnisses verändert wird, nicht dadurch, daß aus den nicht veränderten Tatsachen ein anderes Rechtsverhältnis abgeleitet wird. (Gaupp-Stein ZPO., 4. Aufl., Bem. I A 2 zu § 268, Petersen-Remelé-Anger ZPO., 5. Aufl., Bem. II 4 zu § 268.) Wäre es richtig, daß die erste Klage nur ein objektiv widerrechtliches Handeln habe behaupten wollen, so würde die neue Klage doch nicht zulässig sein, da die objektive Grundlage beider Klagen gemeinsam ist, nämlich der Verkauf minderwertiger Nachahmungen

als echte pastilles d'orateurs und eine Aenderung der subjektiven Seite des Vorgangs keine Aenderung der Klage ist. (BlfRA. ErgBd. XII S. 177.) Der Richter hätte in dem früheren Rechtsstreite, nachdem er einen Verstoß gegen das Warenzeichen- und das Wettbewerbgesetz verneint hatte, das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 826 BGB. (JW. 1905 S. 20 Nr. 19, S. 174 Nr. 15, S. 237 Nr. 25.) prüfen sollen. Die Unterlassung hätte die Klägerin zur Berufung berechtigt; verfehlt war es aber, auf denselben nur etwas mehr ausgeschmückten Tatbestand eine neue Klage zu gründen. Mit Recht wird daher der Einwand der Rechtskraft entgegengehalten (§ 322 ZPO.).

Diese Einrede ist aus einem weiteren Grunde gerechtfertigt. Die erste Klage war auch auf das Wettbewerbsgesetz gestützt. Der Erstrichter hat ihre Berechtigung nur aus dem Gesichtspunkt des § 8 a. a. O. geprüft, während die §§ 6, 7 a. a. O. zutrafen. Ist das Klagevorbringen richtig, so hat die Beklagte durch den Verkauf minderwertiger Pastillen als pastilles d'orateurs, also als klägerischer Waren, über die Waren eines andern wider besseres Wissen unwahre, mindestens aber zu Zwecken des Wettbewerbs nicht erweislich wahre Behauptungen tatsächlicher Art aufgestellt, welche geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts des andern zu schädigen. (JW. 1905 S. 237 Nr. 24; RG. in ZS. Bd. 25 S. 347). Die Anwendung dieses Gesetzes als des Spezialgesetzes wäre vor der Anwendung des § 826 BGB. als die Gesetzesbestimmung in Frage gekommen, die nur als clausula generalis neben den durch Spezialgesetze geregelten Fällen gilt. (JW. 1905 S. 237 Nr. 25.) Für die Klägerin wäre, wenn der Erstrichter die §§ 6 und 7 a. a. O. angewendet hätte, der Zweck der Klage erreicht gewesen: ein deutlicher Beweis, daß für eine neue Klage kein Raum ist. Da die Klägerin das Urteil rechtskräftig werden ließ, ist es, obwohl unrichtig, durch eine neue Klage nicht zu ändern. (Gaupp-Stein a. a. O. Bem. VII Ziff. 3 zu § 322 ZPO.) (Urt. v. 3. Juli 1905). H.

493

II.

Art. 14 des NotG. (alt) und § 313 BGB. Zwischen den Parteien wurde ein Tauschvertrag geschlossen. Als Wert der vertauschten Anwesen wurde der Betrag der darauf eingetragenen Hypotheken angenommen. Im notariellen Vertrag wurde, um den raschen hypothekenamtlichen Vollzug der Urkunde zu ermöglichen, nicht erwähnt, daß eine auf dem einen Anwesen eingetragene Hypothek zu einem Teilbetrage von rund 5000 Mk. getilgt war, und daß der andere Vertragsteil auch die Bezahlung einer auf dem von ihm vertauschten Anwesen lastenden Hypothek mit annähernd gleichem Betrage behauptete und die Herbeiführung der Löschung zusicherte. Kläger K. klagte gegen Kl. auf Herbeiführung dieser Löschung. Die Klage wurde abgewiesen. Nach der beiderseitigen Erzählung hatten die Parteien niedrigere Tauschpreise vereinbart, als beurkundet wurden, und ein wichtiger Punkt — die Löschungsverpflichtung — war nicht in den Vertrag aufgenommen worden. Der Erstrichter nahm an, der Vertrag verstoße gegen Art. 14 NotG. (alt) und sei, weil nach Einführung des BGB. geschlossen, nicht nur anfechtbar, sondern nichtig. Die Berufung wurde verworfen, jedoch aus anderen Gründen:

Art. 14 NotG. (alt) gilt nach Inkrafttreten des BGB. gemäß Art. 189 Abs. 1 Satz 1 EG. z. BGB., solange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nicht mehr für die obligatorischen Beziehungen aus einem Vertrag über ein Grundstück, aber noch für den dinglichen Vertrag. Entsch. d. ObLG. n. F. Bd. IV S. 736/37 und Bd. VI S. 279; BayZfR. 1905 S. 106. Ist dies zuzugeben, so drängt sich die Folge auf, daß, soweit Art. 14 NotG. (alt) gilt, auch seine bisherige Auslegung maßgebend bleiben muß, und diese ging dahin, daß gegen Art. 14 verstoßende notarielle Verträge nur bedingt nichtig, d. i. nur anfechtbar sind. Die Abhandlung in BayZfR. 1905 S. 8 will dies nur für solche Verträge gelten lassen, die sich auf die dingliche Eigentumsüberlassung ohne Beifügung obligatorischer Bestimmungen beschränken, während sie die notariellen Verträge, welche die obligatorische Verpflichtung zugleich mit der dinglichen regeln, bei Verstoß gegen § 313 Satz 1 BGB. gemäß § 125 BGB. nichtig sein läßt. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Zur Eigentumsübertragung genügt nach dem gemäß Art. 189 EG. z. BGB noch maßgebenden bisherigen (gemeinen) Recht die Einigung der Vertragschließenden darüber, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll und die Ueberlassung des Besitzes an ihn. Es bedarf gar nicht der Angabe der causa tradendi. Sollte nun ein Vertrag, der sich auf das dingliche Rechtsgeschäft beschränkt, bei Verletzung des Art. 14 nur anfechtbar, dagegen ein Vertrag, der ein Recht (den obligatorischen Teil) enthält, bei Verletzung des sachlich nichts anderes als Art. 14 bestimmenden § 313 Satz 1 nichtig sein? Käme letztere Ansicht nicht der Aufhebung des Art. 14 gleich, da die Fälle, in denen nur die dingliche Eigentumsübertragung beurkundet wird, in der erwähnten Abhandlung selbst als selten bezeichnet werden? Art. 14 soll aber doch bis zur Vollendung der Grundbuchanlegung in Geltung bleiben. Welche Ungleichheit würde die in dem Artikel vertretene Ansicht mit sich führen! Da auch nach seiner Anschauung § 313 Satz 2 BGB., wonach ein ohne Beobachtung der Form des Satzes 1 geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen, die Vollendung der Grundbuchanlegung voraussetzt, so würde der hier streitige, dieser Voraussetzung ermangelnde, am 21. Aug. 1902 beurkundete, längst durch Besitzantretung und Besitztitelberichtigung vollzogene Vertrag, wenn nichtig, eine Wohltat entbehren müssen, die unter Grundbuchrecht geschlossenen nichtigen Verträgen zur Heilung verhilft. Eine solche Verschiedenheit kann nicht gewollt sein. Die aus der Nichtigkeit des obligatorischen Vertrags nach neuem Recht sich ergebende Folge hat zurückzutreten, wenn unter der Herrschaft des Art. 14 NotG. die dingliche Eigentumsübertragung erfolgt ist. Ist diese nach altem Recht nur anfechtbar, so muß dies auch für den obligatorischen Teil gelten; auf den dinglichen Vertrag ist das Schwergewicht zu legen; ist dieser, solange die Parteien den Vertrag nicht anfechten, oder weil sie auf die Anfechtung verzichten, nach Art. 14 a. a. O. und Art. 189 EG. z. BGB. gültig, so ist das Eigentum an dem Grundstück erworben, und daraus ergibt sich bei der Einheitlichkeit des Vertrags von selbst, daß dann auch die bedungenen Gegenleistungen obligatorischer Natur zu Recht bleiben. Nur so wird für die Unzulässigkeit der Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. ein Ausgleich geschaffen. Auch Jacubezky scheint in seiner Abhandlung in BlfRA. Bd. 68 S. 451 von der bloß relativen Nichtigkeit der unter der Herrschaft des Art. 14 NotG. (alt) geschlossenen, aber gegen diese Bestimmung verstoßenden notariellen Verträge bis zum Zeitpunkt der Vollendung der Grundbuchanlegung auszugehen, da er an Stelle dieser relativen Nichtigkeit eine sinngemäße Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. treten lassen will. (Urt. v. 27. Dez. 1905.) H.

492

Oberlandesgericht Augsburg.

I.

Voraussetzungen für den Beitritt zu einer holländischen Aktiengesellschaft. Eine Aktiengesellschaft in Amsterdam hat gegen den Privatier O. in A. Klage auf Zahlung von 1250 fl. holl. Währung gestellt, weil er die nach Beschluß der Generalversammlung vom 15. Dezember 1901 zu leistende fünfte Einzahlung von 25% der Aktien verweigerte, obschon er Aktionär geworden sei. Die Klage wurde abgewiesen; die Berufung der Klägerin hatte die Folge, daß mit Urteil des OLG. vom 5. April 1906 O. verurteilt wurde, 2118 Mk. 75 Pf. = 1250 fl. holl. Währ. nebst 5%igen Zinsen seit 29. Januar 1902 zu zahlen

Aus den Gründen: Maßgebend ist das HGB. für die Niederlande vom 10. April 1838, Abschn. III „Von der namenlosen Handelsgesellschaft" Art. 36—56 (Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs Bd. III S. 680—682), dann das Statut der Klägerin vom 14. Oktober 1899. Hiernach ist der Klagsanspruch gerechtfertigt, wenn der Beklagte Aktionär geworden ist, in welcher Beziehung weder das Gesetz noch das Statut die Beteiligung an der Aktiengesellschaft an eine bestimmte Form binden. Nur für die Ueberschreibung der nach Art. 5 Abs. 3 der Statuten vor erfolgter Einzahlung auf Namen gestellten Rezepisse (Interimsscheine) ist in Art. 6 Abs. 1 daselbst eine urkundliche Erklärung des Veräußrers und des Erwerbers zu dem Buche der Gesellschaft vorgeschrieben, so daß nur die Willenserklärung der Person, die Mitglied der Aktiengesellschaft werden will, auf die Erwerbung der Mitgliedschaftsrechte gerichtet sein muß unter entsprechendem Einverständnisse der Gesellschaft. Dabei ist es gleichgültig, ob der Beitretende der ursprüngliche Zeichner der Aktien war, oder ob er sie von dem Zeichner oder dem weiteren Erwerber erhalten hat, ferner ob in dem Falle des abgeleiteten Erwerbes dem Uebergangsakt im Verhältnis zu den hierbei Beteiligten Mängel anhaften. Weiter ist nach allgemeinen Regeln anzunehmen, daß die Willenserklärung des Beitretenden wie der Gesellschaft ausdrücklich oder konkludent erklärt werden kann. Für die rechtsgeschäftliche Bindung ist es gleichgültig, ob der Verpflichtungsgrund in einem Kauf oder in der Uebernahme einer Verpflichtung gefunden wird (vgl. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften Bd. II S. 35 ff., ROHG. Bd. VI S. 149, RG. Bd. III S. 163, Bd. VII S. 87 u. Bd. XXXXI S. 17—19). Aus der bei den Akten befindlichen Korrespondenz ergibt sich nun, daß der Beklagte mit Einverständnis der Klägerin dieser als Aktionär beigetreten ist. Auf das Angebot eines Amsterdamer Bankhauses vom 8. Dezember 1899 erteilte Beklagter postwendend die Antwort, 5000 fl. Shares für ihn zu reservieren, 1000 fl. werde er in zehn Tagen senden. Auch kündigte er mit Brief vom 5. Januar 1900 die Sendung dieser 1000 fl. an und fügte bei, daß er die Bankfirma für die Anteile mit 5000 fl. kreditiert habe. Allerdings ist Beklagter bis dahin lediglich mit dieser in Korrespondenz getreten, allein, nachdem die Aktiengesellschaft selbst durch ihren Direktor mit Brief vom 8. Januar 1900 den Empfang der erwähnten 1000 fl. als 1. und 2. Rate dem Beklagten bestätigt, und mit Brief vom 1. März 1900 den Beklagten benachrichtigt hat, daß die 3. Rate auf ihre Aktien mit 15% vor dem 1. April 1900 bei ihrer Kasse einzuzahlen sei, hat Beklagter an die Klägerin mit Brief vom 1. Juli 1900 1000 fl. in einem Scheck gesandt, wovon sie 750 fl. für die geforderten 15% dem Beklagten gutschrieb und weitere 250 fl. seinem Bankhause zuführte. Auch schrieb ihm dieses am 5. Februar 1901, daß es für seine Rechnung die fällige 4. Rate mit 750 fl. auf dessen 20 Aktien einzahlte, mit dem Ersuchen, hiervon konform Nota zu nehmen. Dieser Verkehr der Streitteile beweist, daß Beklagter in bewußter Weise zu der Klägerin in das Verhältnis eines Aktionärs getreten und von der Klägerin als solcher angenommen worden ist. Infolge dieser Rechtsstellung hat ihn auch Klägerin als Aktionär in ihre Bücher eingetragen. Im Hauptbuch ist er mit 5000 fl. für 20 andeelen belastet, die Zahlungen mit 2500 fl. sind ihm gutgeschrieben. Im Aktienbuch ist er als Inhaber der Anteile Nr. 3473 mit 3492 in der fortlaufenden Reihe der Aktionäre vorgetragen. Er war daher als Aktionär verpflichtet, die nach Generalversammlungsbeschluß vom 15. Dezember 1901 mit Brief der Klägerin vom 15. Januar 1902 eingeforderten 20% in Gemäßheit des Art. 5 Abs. 1 der Statuten zu zahlen und im Falle der Zuwiderhandlung von letztgenanntem Tage an gemäß Abs. 2 mit 5% zu verzinsen. Ob der Beklagte die Rezepisse erhalten hat, ist für seine Zahlungspflicht gleichgültig, er hat das Zurückbehaltungsrecht nicht einredeweise geltend gemacht, die Gesellschaft übrigens ihre Bereitwilligkeit zur Verabfolgung der Rezepisse im Briefe vom 10. Oktober 1901 erklärt, und Beklagter diesen Brief unbeantwortet gelassen. Der Umstand, daß die Bestimmungen im Art. 6 der Statuten nicht eingehalten worden sind, kann hier nicht von Einfluß sein, weil ein Formfehler oder Mangel im Uebertragungsakte die Entstehung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und der Klägerin nicht zu hindern vermöchte. Ebenso würden die Rechte der Klägerin gegen den Beklagten nicht berührt werden, falls Beklagter durch einen Dritten (z. B. obige Firma) mittels Täuschung über die Vorgänge bei der Gründung oder über andere Tatsachen zur Beteiligung veranlaßt worden wäre, die hieraus hervorgehenden Rechtsfolgen würden zwischen dem Beklagten und dem Dritten auszutragen sein.

481 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

II.

Zu §§ 679 ff. BGB. Klägerin behauptet, für den Sohn der Beklagten, welcher vom September 1903 bis Juni 1904 trotz aller Versuche, eine Stellung zu erlangen, außerstande gewesen sei, sich zu unterhalten, somit nach § 1602 BGB. unterhaltsberechtigt sei, mehrfache Aufwendungen für Kleidung, Essen und Wohnung gemacht zu haben, und verlangt gemäß § 679 mit § 683 BGB. von der Beklagten (Witwe) Ersatz. Die Klage wurde abgewiesen; die Berufung wurde vom OLG., II. ZS., am 19. Dezember 1905 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Klägerin hat nach ihrer eigenen Angabe in keiner Weise dem Sohne der Beklagten zu erkennen gegeben, daß sie sich an seine Mutter halten wolle, sondern sich mit seinem Versprechen begnügt, daß er ihr alle Auslagen vergüten werde, falls er wieder in Stellung käme. Es fehlt also die erste Voraussetzung des Anspruchs aus § 677 BGB., daß das Geschäft mit dem Bewußtsein und dem Willen ausgeführt wurde, es als ein fremdes für den Geschäftsherrn zu besorgen (vgl. Fischer-Henle Aufl. 6 Note 2 zu § 677). Auch kann sich Klägerin nicht auf § 679 BGB. berufen, weil zwar hier eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn in Frage steht, der Fall aber nicht so dringlich war, wie diese Gesetzesstelle erfordert. Unter allen Umständen aber hätte Klägerin alsbald nach Eintritt der Notlage des Sohnes der Beklagten dieser nach § 681 BGB. die Uebernahme der Geschäftsführung anzeigen müssen. Es braucht daher auf § 685 Abs. 1 BGB. nicht mehr zurückgegriffen zu werden, da festgestellt ist, daß Klägerin zur Zeit der Geschäftsführung noch nicht die Absicht hatte, von der Beklagten Ersatz zu verlangen. Fehlen also der Klage die Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB., so kommt es darauf, ob der Sohn nach § 1610 Abs. 1 oder § 1611 BGB. unterhaltsbedürftig und die Mutter nach § 1603 BGB. unterhaltspflichtig war, nicht mehr an.

480 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht Frankenthal.

Der Rechtsanwalt kann im Privatklageverfahren im Falle der Erhebung einer Widerklage eine erhöhte Gebühr nicht beanspruchen, weder auf Grund des § 72, noch auf Grund des § 89 GebO. f. RA.

Aus den Gründen: Es gehen die Meinungen darüber auseinander, ob der Rechtsanwalt im obigen Falle eine erhöhte Gebühr liquidieren kann. Zunächst ist es ausgeschlossen, einen derartigen Anspruch auf § 72 GebO. f. RA. zu stützen, denn dieser setzt eine Mehrheit von Beschuldigten voraus, während es sich bei der Widerklage nur um eine Mehrheit von Parteirollen einer Person handelt Es wird aber verschiedentlich die Berechtigung der erhöhten Gebühr auf § 89 gestützt, weil bei der Widerklage die Steigerung der Tätigkeit des Anwaltes bedeutend und nicht zu vergleichen sei mit dem Falle, daß die Privatklage mehrere Anklagepunkte enthalte; denn hier habe der Anwalt zugleich die Strafverfolgung und die ganz anders geartete Tätigkeit der Abwehr. Danach sei es angemessen, gemäß § 89 den § 72 analog anzuwenden (vgl. Walter-Joachim, GebO. f. RA. 4. Aufl. S. 421 Anm. 3c). Für die erhöhte Gebühr haben sich ferner ausgesprochen: LG. Breslau (Bresl. AKZ. 1892 S. 51); LG. Karlsruhe (Bad. AKZ. 1894 S. 22 und 1895 S. 37); LG. Liegnitz (Bresl. AKZ. 1895 S. 75); LG. Halle (Pfälz. Rechtspraxis 1905 S. 27). Dagegen versagen die erhöhte Gebühr: Meyer-Irmler, Anm. 3; Willenbücher, 6. Aufl. Anm. 2; Pfafferoth, 3. Aufl. Anm. 4 (zu § 73); LG. Berlin (Bl. f. Rpfl. 1893 S. 71); LG. Offenburg (Bad. AKZ. 1895 S. 19); LG. Halle (Naumb. AKZ. 1896 S. 61); OLG. Naumburg (Naumb. AKZ. 1898 S. 100); OLG. Darmstadt vom 25. Jan. 1898 (DJZ. 1899 S. 260), während eine Entscheidung (10. Aug. 1895) die andere Ansicht vertrat (vgl. Walter-Joachim a. a. O. Anm. 6). Das Beschwerdegericht hat sich für die Ablehnung entschieden.

Wie erwähnt, wird durch Erhebung der Widerklage nicht eine Mehrheit von Beschuldigten, sondern eine Mehrheit von Parteirollen einer Person geschaffen. Das Widerklageverfahren bildet mit dem Privatklageverfahren ein Verfahren, so daß über Klage und Widerklage gleichzeitig zu erkennen und die Zurücknahme der Klage auf das Verfahren über die Widerklage ohne Einfluß ist (StPO. § 428 Abs. II u. III). Berücksichtigt man die Einheitlichkeit des Verfahrens im Zusammenhange damit, daß die GebO f. RA. das Widerklageverfahren unberücksichtigt gelassen hat, obwohl sie sich mit dem Privatklageverfahren ausdrücklich beschäftigt (§ 73), so erhellt, daß die GebO. mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit eine besondere Gebühr für die Widerklage nicht festsetzen wollte. Es ist demnach nicht angängig, hier den § 89 herbeizuziehen. Dies könnte nur geschehen, wenn man annehmen wollte, der Gesetzgeber hätte es übersehen, sich mit der Gebührenfrage hinsichtlich der Widerklage zu befassen. Dies ist aber ausgeschlossen. Denn die Widerklage spielt in Beleidigungsprozessen eine derartige Rolle, daß sie nicht „übersehen“ worden sein kann. Der Entwurf einer GebO. f. RA. war, bevor er den gesetzgebenden Faktoren unterbreitet wurde, einer Kommission von Rechtsanwälten aus verschiedenen Rechtsgebieten vorgelegt worden. Der umgearbeitete Entwurf wurde im Reichstage einer Kommission von 21 Mitgliedern überwiesen, welcher u. a. zehn Anwälte und acht Richter angehörten (vgl. Walter-Joachim S. 2). Daß allen diesen Faktoren die Häufigkeit der Widerklage und die mit ihr verknüpfte Tätigkeit entgangen wäre, ist ausgeschlossen und zwingt zu der Annahme, daß man für den Fall der Widerklage eine besondere oder erhöhte Gebühr nicht schaffen wollte. Es spricht aber noch ein weiterer Umstand gegen die Heranziehung des § 89. Seine Bestimmung ist nämlich subsidiär; sie will eine Gebühr in solchen Fällen verneinen, in denen die Tätigkeit des Anwaltes zwar in den Bereich des § 1 GebO. fällt, aber eine Gebühr für eine solche Tätigkeit nicht speziell festgesetzt ist. In der Reichstagskommission sind folgende Geschäfte als unter § 89 fallend verzeichnet worden (folgt die Aufzählung von zwölf Geschäften, darunter unter Ziff. 6: Beistand in Sühneterminen bei Privatklagesachen, und Ziff. 8: Vertretung in einem Beweistermine in einer Straf- oder Privatklagesache, falls die Vollmacht sich hierauf beschränkt). Die Widerklage ist hierbei nicht erwähnt. Diese Aufzählung ist nun allerdings nicht erschöpfend (vgl. hierzu Walter-Joachim § 89 Anm. II). Allein, nachdem die Reichstagskommission die einschlägigen Materien eigens durchgegangen hat, um Fälle für den § 89 zu finden, wird man annehmen müssen, daß sie in das Verzeichnis dieser Fälle in erster Linie die am häufigsten vorkommenden aufgenommen hat Und wenn sie nun auch das Privatklageverfahren einer derartigen Prüfung unterzogen hat — daß sie dies getan hat, folgt aus Ziff. 6 und 8 — und hierbei die Widerklage nicht erwähnt hat, während sie die doch nur seltenen Fälle der Ziff. 6 und 8 aufgenommen hat, so ist der Schluß berechtigt, daß die Kommission der Ansicht war, die Widerklage falle nicht unter § 89. (Beschluß vom 9. März 1906.)

451 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Hagen in Frankenthal.

Literatur.

Sammlung kleinerer Reichsgesetze und Verordnungen handelsrechtlichen Inhalts. Textausgabe mit Sachregister. München 1906. C. H. Beck. Geb. Preis M. 3.—.

Die vorliegende Sammlung bringt den Text von 41 auf das Handelsrecht bezüglichen Gesetzen und Verordnungen und stellt eine schätzenswerte Ergänzung des Handelsgesetzbuches dar. Aus dem reichen Inhalt, dessen Auswahl einem tatsächlich empfundenen Bedürfnis der Praxis und des akademischen Unterrichts Rechnung trägt, seien hier nur Bank-, Börsen- und Münzgesetz, Wechselordnung, ferner die verschiedenen Gesetze zum Schutze des Erfinder-, Urheber- und Verlagsrechts, Binnenschiffahrtsgesetz und Seemannsordnung hervorgehoben; daneben finden sich auch Gesetze prozessualen Inhalts, so das Gesetz von 1904 betreffend Kaufmannsgerichte und das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit. Die eben erschienene 2. Auflage des Werkchens ist nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung durchgesehen und ergänzt; ein ausführliches, zuverlässiges Sachregister erleichtert die Orientierung. Da die Ausgabe außerdem in Druck und Ausstattung alle Vorzüge der bekannten Beckschen Sammlung teilt, dürfte sie in der Praxis wie für Lehrzwecke gute Dienste leisten. — — — — n.

Bezold, Dr. A., II. Staatsanwalt in Augsburg. Das Züchtigungsrecht in der bayerischen Volksschule. München 1906, C. H. Beck. 109 S. Geb. 2 Mk.

Der Verfasser legt eine vollständige, die wesentlichen Ergebnisse der Rechtsprechung berücksichtigende Darstellung des objektiven Züchtigungsrechtes vor, die wegen ihrer Genauigkeit, ihrer unmittelbaren Verwertbarkeit in der Praxis und ihrer mit verschwindenden Ausnahmen klaren Sprache als eine wertvolle Beratung sowohl der Träger des Züchtigungsrechts als der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden erscheint. Von besonderem Werte sind die Ausführungen über die rechtliche Natur der von den Kreisregierungen zur Ausführung der ME. von 1815 erlassenen Vorschriften über Art und Maß der körperlichen Strafen sowie über die (bejahte) Frage, ob Art. 60 AG. z. BGB. auf die mit der Ausübung des Züchtigungs-

rechts anzuwenden ist. Ich wünsche dem Buche, das mit großem Fleiße gearbeitet ist und eine nicht geringe Kenntnis der Literatur verrät, möglichste Verbreitung; eine zweite Auflage bringt dann vielleicht auf Seite 2 (Körperverletzung ist Störung des körperlichen Wohlbefindens — Empfindung der üblen Behandlung durch den Mißhandelten ist nicht erforderlich) und auf Seite 3 (Wem ein von der Rechtsordnung eingeräumtes, die Strafrechtsnorm einschränkendes selbständiges Recht zum Handeln zusteht, der handelt bei Ausübung desselben rechtmäßig, begeht also trotz der entgegenstehenden (?) strafgesetzlichen Bestimmungen kein Unrecht) die besonders für den Gebrauch des Buches durch die Lehrer wünschenswerten schärferen Unterscheidungen.

Lunglmayr.

Notiz.

Unterbricht im Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle der Strafbescheid die Verjährung, wenn der Beschuldigte die schriftliche Bestätigung des Empfangs verweigert? (§ 459 Abs. III StPO., Art. 89 Abs. III des BayAG. z. StPO.) Jahrg. 1905 Nr. 18 S. 396 dieser Zeitschrift ist ein Urteil des LG. München I mitgeteilt, das die Frage bejaht. Diese tritt in der Praxis häufig auf und ihre Entscheidung ist von prinzipieller Bedeutung. Es dürfte daher interessieren, daß das ObLG. durch ein — leider in der amtl. Samml. nicht abgedrucktes — Urteil vom 27. Dez. 1900 in der Sache gegen den Schuhmacher A. Z. von H. wegen Uebertretung des Hundegebührengesetzes die Frage verneint hat mit folgender Begründung:

„Es ist zu erwägen, ob nicht durch den Strafbescheid der Aufschlageinnehmerei H. vom 20. Febr. 1900 die Verjährung unterbrochen wurde. Diese Frage hat die Strafkammer mit Recht verneint. Die StPO. regelt in Buch 6 Abschn. 3 das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle. Eine durchgängige Regelung wollte die StPO. nicht vornehmen; wohl aber traf sie Bestimmungen, die beobachtet werden müssen, wenn nach Landesgesetz Strafbescheide der Verwaltungsbehörden zugelassen werden. Diese sind in § 459 Abs. 1 u. 2 aufgeführt. Außerdem ist im Abs. 3 bestimmt, daß der Strafbescheid in betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung wirkt; es enthält also diese Bestimmung eine Ergänzung des § 68 StGB. und eine Erweiterung des materiellen Strafrechts. In Bayern ist das Verfahren in Zollstrafsachen, nach welchem sich auch gemäß Art. 97 AG. z. StPO. das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung der Hundegebühren richtet, durch Art. 85 bis 101 a. a. O. geregelt. Bezüglich des materiellen Strafrechts sind durch § 2 Abs. 2 EG. z. StGB. die Vorschriften des Landesstrafrechtes über Verletzungen der Steuer- und Zollgesetze aufrecht erhalten und in Art. 7 Abs. 2 des Hundesteuergesetzes ist ausdrücklich bestimmt, daß hinsichtlich der Verfehlungen der Hundebesitzer gegen die in diesem Gesetze ihnen auferlegten Verpflichtungen die allgemeinen Bestimmungen des StGB. und des BayPStGB. anzuwenden sind.

Es haben also in Bayern bei dem Hundesteuergesetze die Vorschriften des StGB. über Verjährung zu gelten. Demnach unterbricht jede richterliche Handlung und auch der Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde die Verjährung. Allein ein solcher Strafbescheid muß rechtsgültig vorhanden sein, was hier nicht anzunehmen ist. Abgesehen von den in § 459 Abs. 1 u. 2 StPO. aufgeführten Beschränkungen ist die Landesgesetzgebung vollkommen frei in der Bestimmung, was als Strafbescheid zu gelten hat. Es steht also nichts im Wege, landesrechtlich festzusetzen, daß der Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde erst von dem Augenblick an als solcher gelten soll, in welchem er dem Beschuldigten zu Protokoll eröffnet oder durch Zustellung bekannt gemacht, und die Eröffnung oder Zustellung unterschriftlich bestätigt ist. Dies ist durch Art. 89 AG. z. StPO. festgesetzt worden. Es geht dies, abgesehen vom Wortlaute des Abs. 3 aus den Motiven (Verhandl. d. K. d. Abg. $18\frac{78}{79}$ S. 43 Beil. Bd. V) hervor. Hiernach sollte durch die fragliche Bestimmung auch die Frage gelöst werden, wann ein Strafbescheid als kundgegeben erachtet werden kann, da hiernach beurteilt werden müsse, ob die Verwaltungsbehörde noch auf gerichtliches Verfahren antragen könne. Offenbar, um den Zeitpunkt der Zustellung in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise festzustellen, hat der Gesetzgeber eine besondere Art der Eröffnung und Zustellung vorgeschrieben. Er hat hierbei auch bestimmt, daß, wenn der Beschuldigte die unterschriftliche Bestätigung dieser Eröffnung oder Zustellung verweigert, der Strafbescheid nicht als erlassen gelten soll, und die Motive bemerken hierzu, daß diese Bestimmung mit Berücksichtigung des § 37 StPO. und des bei den preußischen Zoll- und Steuerbehörden geltenden Verfahrens getroffen wurde. In dieser Beziehung schreibt § 33 des preuß. Ges. v. 23. Jan. 1838 wegen Untersuchung und Bestrafung der Zollvergehen vor, daß die Zollbehörde, solange noch kein Strafbescheid erlassen worden ist, die Verweisung der Sache zum gerichtlichen Verfahren verfügen, daß ebenso der Angeschuldigte während der Untersuchung bei der Zoll- und Steuerbehörde und binnen 10 Tagen nach Eröffnung des von letzterer abgefaßten Strafbescheids auf rechtliches Gehör antragen kann, und daß alsdann der Strafbescheid als nicht ergangen anzusehen ist. Deshalb kann die Bestimmung im Abs. 3 des Art. 89 AG., welche nicht etwa dahin geht, daß im Falle der Verweigerung der unterschriftlichen Bestätigung der Strafbescheid seine Wirkung verlieren soll, nur dahin aufgefaßt werden, daß der letztere nicht nur solange, als er dem Beschuldigten nicht zu Protokoll eröffnet oder durch Zustellung bekannt gemacht worden ist, sondern auch dann noch als nicht erlassen gelten soll, wenn der Beschuldigte die unterschriftliche Bestätigung der Eröffnung oder des Empfangs verweigert. Auch in letzterem Falle kommt dem Strafbescheide Bedeutung nicht zu; es ist so anzusehen, als ob von der Verwaltungsbehörde keine Entscheidung getroffen worden sei. Dies geht auch aus Art. 90 Abs. 3 AG. z. StPO., welcher dem Art. 136 Abs. 4 des preuß. Ges. v. 3. Mai 1852, betr. die Zusätze zu der VO. v. 3. Jan. 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen, nachgebildet ist, sowie aus § 15 der von den Staatsministerien der Justiz und der Finanzen erlassenen Anweisung zur Behandlung der Zoll- und Aufschlagstrafsachen im Verwaltungswege vom 2. Okt. 1879 (GVBl. 1879 S. 1381) hervor. Wenn hiernach der Strafbescheid der Aufschlageinnehmerei H. vom 20. Februar 1900 als nicht erlassen gilt, so kann er auch nicht als Strafbescheid im Sinne des § 459 der StPO. angesehen werden und keine Unterbrechung der Verjährung bewirken."

465

Staatsanwalt Zoeller in Landau.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



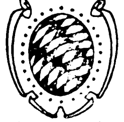
Nr. 14. München, den 15. Juli 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Hinterlegung nach § 853 der ZPO. und ihre befreiende Wirkung.

Von Landgerichtsrat **Friedrich Degg** in Würzburg.

Die ZPO. erwähnt die Hinterlegung von Sachen in einer Reihe von Fällen, enthält jedoch keine Bestimmungen darüber, welchen Einfluß diese Hinterlegungen für die bürgerlich rechtlichen Verhältnisse der Beteiligten haben. Bei der Verschiedenheit der Zwecke, denen die Hinterlegung dient, läßt sich diese Frage auch gar nicht einheitlich beantworten; es ist vielmehr für jede Art der Hinterlegung besonders zu prüfen, welches ihre bürgerlich rechtlichen Wirkungen sind. Dies gilt auch für die Hinterlegung des § 853 der ZPO.

Die Bestimmung lautet: „Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen." Hieraus ist klar zu ersehen unter welchen Voraussetzungen der Drittschuldner zur Hinterlegung berechtigt und verpflichtet ist. Dagegen sind die Wirkungen, welche diese Hinterlegung für die Rechtsstellung des Drittschuldners hat, nicht erwähnt. Prozeßrechtliche Wirkungen kommen dabei nicht in Frage, denn der Drittschuldner hat mit der Hinterlegung getan, was er zur Lösung seiner Verbindlichkeit tun konnte; an der Verteilung des hinterlegten Schuldbetrages ist er nicht beteiligt. Hinsichtlich der bürgerlich rechtlichen Wirkungen aber ist zu unterscheiden: das Recht an dem hinterlegten Gegenstand (dingliche Seite der Hinterlegung) und das Schuldverhältnis, dessen Erfüllung durch die Hinterlegung herbeigeführt werden soll (obligatorische Seite der Hinterlegung). Hier soll nur die obligatorische Seite der Hinterlegung erörtert werden. Die dingliche Seite[1]) ist nach anderen Grundsätzen und zweckmäßigerweise überhaupt erst dann zu behandeln, wenn die obligatorische klargestellt ist. Bei der letzteren handelt es sich im wesentlichen darum, ob und unter welchen Voraussetzungen der Drittschuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit befreit wird.

Diese Frage hat schon früher zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben. Man war zwar darüber einig, daß die Hinterlegung des Schuldbetrages seitens des Drittschuldners zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit erfolge, stritt sich aber darüber, ob die befreiende Wirkung der Hinterlegung schon durch die ZPO. festgestellt sei, oder ob sie nur nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts eintrete. Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen trat allerdings nach früherem Recht weniger hervor. Das gemeine Recht[1]) — ebenso das preußische und französische Recht[2]) verband mit der Hinterlegung, die zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgte, die Befreiung des hinterlegenden Schuldners. Die Befreiung trat ohne weiteres ein, nur war die Rücknahme der Hinterlegung zulässig und damit die Möglichkeit eines Wiederauflebens der getilgten Forderung gegeben.[3]) Da jedoch erfahrungsgemäß die Rücknahme einer Hinterlegung die Ausnahme bildet, so konnte man allerdings mit einem Schein von Recht sagen, es sei gleichgültig, ob man die befreiende Wirkung der Hinterlegung aus der ZPO. oder aus dem bürgerlichen Recht ableite.[4])

Durch das BGB. hat sich die Rechtslage geändert. Der Entwurf zum BGB. (§ 372 Abs. 2) ging zwar noch von dem Grundsatze aus, daß der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Ver-

---

[1]) Hierüber Seuffert, Kommentar zur ZPO., 9. Aufl. 1905 Anm. 9a zu § 804; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899 S. 455; Kohler, Zwölf Studien zum BGB. III Der Gläubiger-Verzug, ArchBürgR. Bd. 13 S. 209, 231; Planck, BGB. Erl. 5 zu § 378.

[1]) Windscheid, Pandekten Bd. II § 347.

[2]) ALR. I, 16 § 213; Code civil Art. 1257.

[3]) Kohler, Annahme und Annahmeverzug in JheringsJ. Bd 17 S. 331 ff. Ueber die rechtliche Konstruktion besteht allerdings Streit, vgl. Windscheid a. a. O. Anm. 26.

[4]) Falkmann, Die Zwangsvollstreckung 1888 S. 177; von Wilmowski-Levy, ZPO., 7. Aufl. 1895 Anm. 2 Abs. 2 zu § 750 a. R.

bindlichkeit befreit werde, schränkte dies aber durch die Bestimmung ein, daß, solange die Rücknahme zulässig sei, ein Recht nicht geltend gemacht werden könne, welches von der Befriedigung des Gläubigers abhängig sei (§ 276 des Entwurfs). Durch die späteren Verhandlungen[1]) erhielt überhaupt das Gesetz eine andere Gestaltung.[2]) Die Hinterlegung begründet hiernach für den Schuldner die Einrede, daß er die Leistung an den Gläubiger ablehnen und diesen auf die hinterlegte Sache verweisen kann (BGB. § 379). Befreiend wirkt die Hinterlegung nur dann, wenn die Rücknahme ausgeschlossen ist, in diesem Falle allerdings mit rückwirkender Kraft, d. h. in gleicher Weise, wie wenn der Schuldner zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte (BGB. § 378). Das Gesetz hat also den Grundsatz, daß die Hinterlegung ohne weiteres schuldbefreiend wirke, aufgegeben und einen wesentlich abweichenden Standpunkt eingenommen. Die Frage, ob die befreiende Wirkung der Hinterlegung des § 853 der ZPO. zu entnehmen oder nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist, hat jetzt eine größere Bedeutung und verdient wohl eine eingehendere Würdigung, als ihr in der Regel zuteil wird.

I. Literatur und Rechtsprechung.

Die Anschauung, daß die befreiende Wirkung der Hinterlegung im Falle des § 853 der ZPO. nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen sei, wird nur von wenigen vertreten.

Mandry-Geib[3]) behandeln die Hinterlegungsfälle der ZPO. in ihrem Verhältnisse zum früheren bürgerlichen Recht. Sie stellen an die Spitze ihrer Ausführungen den Satz, daß die ZPO. die bürgerlich rechtliche Wirkung der Hinterlegung nicht bestimme, sondern als durch das bürgerliche Recht festgestellt ansehe und machen von diesem Satze auch für den Fall des § 853 der ZPO. keine Ausnahme. Wenn im weiteren Verlaufe von dem „Solutionscharakter" dieser Hinterlegung gesprochen wird, so hat das selbstverständlich nicht den Sinn, daß sie der Zahlung gleichstehe, sondern nur, daß ihr Zweck die Zahlung, d. h. die Erfüllung einer Verbindlichkeit sei.

Seuffert[4]) führt aus: Die Berechtigung des Drittschuldners zur Hinterlegung ergebe sich schon aus dem BGB. (§ 372 Abs. 2), dessen Bestimmungen — vom Orte der Hinterlegung abgesehen — auch im übrigen anzuwenden seien. „Insbesondere tritt die Befreiung des Drittschuldners nicht schlechthin, sondern nur nach Maßgabe des BGB. § 378 ein."

[1]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 1 S. 350 ff.

[2]) Ueber das Verhältnis zwischen Entwurf und Gesetz siehe Kohler a. a. O. ArchBürgR. Bd. 13 S. 213 ff.

[3]) Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl. 1898 § 41 S. 438.

[4]) Kommentar zur ZPO., 9. Aufl. 1905 zu § 853 Anm. 2.

Für die Anwendung des bürgerlichen Rechts sprachen sich früher auch Struckmann-Koch[1]) aus. Jetzt sagen sie[2]): „Die Hinterlegung hat für den Drittschuldner, dessen materielle Verpflichtung durch den § 853 beeinflußt wird, die Wirkung der Befreiung, da er zur Rücknahme des Hinterlegten nicht befugt ist (vgl. BGB. § 378)." Da hier das BGB. nur vergleichsweise erwähnt wird und zur Unterstützung der ausgesprochenen Meinung auf Schriftsteller hingewiesen wird, welche die befreiende Wirkung der Hinterlegung aus der ZPO. ableiten, so sind Struckmann-Koch nunmehr zu den Vertretern dieser Auffassung zu rechnen.

Die Annahme, daß der Hinterlegung des § 853 schon kraft der ZPO., also ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht, befreiende Wirkung zukomme, ist die herrschende.

So sagt Planck[3]) bei der Würdigung der Hinterlegung des § 750 a. F., ohne das bürgerliche Recht zu erwähnen: „Durch Zahlung an die Hinterlegungsstelle tilgt der Drittschuldner seine Schuld ebenso, wie ... durch Zahlung an den einziehungsberechtigten Gläubiger."

Weigelin[4]) bezeichnet die Hinterlegung als eine Leistung, bei welcher es nur ungewiß sei, an welche Personen sie erfolge, die aber, weil sie jedenfalls in Zukunft bestimmte Empfangsberechtigte vorfinde, sofort befreienden Erfolg habe. Dabei[5]) beruft er sich auf eine Aeußerung Hellwigs, die aber kaum mehr beweiskräftig ist. Hellwig stellt in seiner Abhandlung „Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen"[6]) bei der Behandlung der §§ 750 bis 753 a. F. den Satz auf: „Die Hinterlegung ist in diesem Falle Zahlung und hat alle Wirkung einer solchen; nur geschieht sie nicht an den Gläubiger direkt, sondern an die Behörde, welche sie für den oder die Berechtigten entgegennimmt." Allein Hellwig bringt diesen Satz nur gelegentlich bei der Erörterung einer anderen Frage[7]) und es läßt sich nicht einmal zweifellos feststellen, ob er seine Annahme der ZPO. oder den seiner Abhandlung zugrunde liegenden bürgerlichen Rechten entnimmt. Für das Verhältnis der ZPO. zum BGB. vertritt er in seinem Buche „Die Verträge auf Leistung an Dritte"[8]) einen anderen Standpunkt. Er erörtert dort die Fälle einer Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung und spricht dem Gläubiger, der eine Hinterlegung zu bean-

[1]) Die ZPO. für das Deutsche Reich, 1. Aufl. 1878 zu § 750 a. F. Anm. 3.

[2]) 8. Aufl. zu § 853 Anm. 3.

[3]) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 2 § 186 II, A.

[4]) Pfändungspfandrecht an Forderungen S. 82 f.

[5]) a. a. O. S. 83 Anm. 8.

[6]) 1883 S. 223.

[7]) Es handelt sich dort um die Einrede der Kompensation und die Erörterung der Rangordnung gegenüber einer Klage auf Hinterlegung des Schuldbetrages gemäß § 753 a. F.

[8]) 1899 S. 442 ff.

sprüchen berechtigt ist, die Befugnis zu, von dem Schuldner zu verlangen, daß er unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlege. „Denn ohne diese Klausel ist die Deposition der Zahlung nicht an die Seite zu stellen.“ [1])

Bei Wilmowski-Levy[2]) heißt es zu § 750 a. F.: „Selbstredend liberiert die Hinterlegung den Drittschuldner . . . die Verpflichtung des Drittschuldners zur Erfüllung wird durch die Bestimmung des § 750 bezüglich der Erfüllungsart materiell affiziert dergestalt, daß an Stelle der Zahlungs- und Leistungspflicht Pflicht und Recht zur Hinterlegung treten und mit deren Erfüllung die Obligation erlischt.“

Zu den Vertretern der herrschenden Meinung gehören ferner: Dorendorf[3]), Willenbücher[4]), Petersen-Anger[5]) und Gaupp-Stein[6]).

Die letzteren sagen: „Die Hinterlegung erfolgt hier für Rechnung aller Gläubiger, sowie mit endgültig befreiender Wirkung und daher unter Ausschluß der Rücknahme.“ Ferner: „Sie (die Hinterlegung) befreit den Drittschuldner seinem Gläubiger (dem Schuldner) gegenüber.“ In dem gleichen Sinne hatten sich Gaupp-Stein schon früher[7]) ausgesprochen, nur daß die Frage der Rücknahme, die erst durch das BGB. in den Vordergrund getreten ist, nicht erwähnt wurde. Eine Begründung ihrer Auffassung geben sie ebensowenig wie die anderen oben angeführten Schriftsteller. Es wird vielmehr aus der als feststehend angesehenen Tatsache der Schuldbefreiung die weitere Folge abgeleitet, daß eine Rücknahme der Hinterlegung ausgeschlossen sei, während Struckmann-Koch[8]) umgekehrt aus dem Ausschluß der Rücknahme die befreiende Wirkung der Hinterlegung ableiten.

Die Rechtsprechung der höheren Gerichte, soweit sie sich überhaupt mit der Frage beschäftigt hat, leitet gleichfalls die befreiende Wirkung der Hinterlegung aus der ZPO. ab.

Hierher gehört eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Nov. 1894,[9]) in der es sich um die Voraussetzungen der Hinterlegung des § 750 a. F. handelt. In dieser Entscheidung wird der Satz, daß die Hinterlegung befreiende Wirkung habe, als feststehend angesehen und nicht begründet.

Ebenso stellt das Reichsgericht in der Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 21. Mai 1901[1]) die Behauptung auf, daß die Hinterlegung des § 750 a. F., nun 853 der ZPO. Zahlung sei. In den Gründen heißt es: „Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet und hat der Drittschuldner, freiwillig oder durch Klage (§ 856, früher 753 der ZPO.) gezwungen, nach Maßgabe des § 853 (früher 750 der ZPO.) den gepfändeten Schuldbetrag hinterlegt, so hat diese Hinterlegung, ohne daß es einer Annahme von seiten des Forderungsgläubigers oder seiner Pfändungspfandgläubiger bedürfte, für den Drittschuldner die Wirkung der Zahlung, wie wenn er bei Vorhandensein nur eines Gläubigers an diesen bezahlt hätte; er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit.“ Ferner: „Dadurch daß diese Hinterlegung nach § 853 der ZPO. Zahlung ist und nicht bloß als Erfüllungssurrogat wirkt, und daß folgeweise das Hinterlegte endgültig aus dem Vermögen des Drittschuldners ausscheidet, unterscheidet sich dieselbe von anderen Fällen einer Hinterlegung.“ Das Reichsgericht behandelt hier die dingliche Seite der Hinterlegung und benützt die Gleichstellung von Zahlung und Hinterlegung, um daraus Schlüsse für die Frage der Vermögenszugehörigkeit zu ziehen. Es stützt dabei eine Behauptung auf die andere, bleibt aber die Begründung schuldig.

Die bisher angeführten Entscheidungen betrafen Fälle, die sich vor dem Inkrafttreten des BGB. ereignet hatten. Für das Verhältnis der ZPO. zum BGB. bringt das Oberlandesgericht Dresden in einer Entscheidung vom 17. Januar. 1902[2]) die herrschende Anschauung in dem Satz zum Ausdruck: Die Hinterlegung nach ZPO. § 853 wirkt als Zahlung, auch wenn nicht auf Rücknahme verzichtet ist. In den Gründen ist ausgeführt: Die Annahme, daß § 750 der ZPO. älterer Fassung den materiellen, dem Landesrecht fremden Zusatz enthalte, daß der Drittschuldner durch die Hinterlegung ohne weiteres von seiner Verbindlichkeit befreit werde, habe fast allgemein geherrscht. Denselben Rechtssatz enthalte § 855 (soll heißen 853) der ZPO. neuer Fassung, welcher den § 750 wörtlich wiederhole. Durch das BGB. und das Einführungsgesetz sei hieran nichts geändert worden. Die Novelle zur ZPO. bestätige die Richtigkeit der früheren Auffassung, denn sie habe in § 75 die Worte „unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme“, welche in § 72 der ZPO. älterer Fassung fehlten, mit Rücksicht auf § 372 ff.

---

[1]) Vgl. auch Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 83: „Hinterlegt er (der Drittschuldner) gemäß dem § 853 ZPO., so hat diese Hinterlegung dieselbe Art von Wirkung, wie die Hinterlegung zur Schuldbefreiung, die gemäß dem § 372 BGB. stattfindet.“

[2]) a. a. O. Anm. 2 Abs. 2 zu § 750 a. F.

[3]) Arrest 1884 S. 111.

[4]) Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens, 2. Aufl. 1900 S 364.

[5]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. zu § 853 Anm. 2.

[6]) Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 6. u 7. Aufl. zu § 853 I Anm 3 und III Anm. 14.

[7]) Vgl. z. B. die 3. Aufl. 1898 zu § 750 a. F. III Abs. 2 Anm. 12.

[8]) Siehe oben Anm. 1.

[9]) Seufferts Archiv Bd. 51 Nr. 163 (= Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 21 S. 518).

[1]) Die Entscheidung betrifft einen Fall des rheinischen Rechts und ist abgedruckt in Entsch. Bd. 49 S. 357. Ebenso entschied derselbe Senat am 31. Mai 1901: Juristische Wochenschrift 1901 S. 515 und Das Recht 1901 S. 439 Ziff. 1802.

[2]) Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 4 S. 372.

des BGB. eingeschaltet, während bei § 853 der ZPO. ein solcher Zusatz absichtlich vermieden worden sei, weil die bisherige Rechtslage nicht geändert werden sollte. Eines Verzichtes auf das Recht der Rücknahme bedürfe es hier nicht, weil dieses Recht überhaupt nicht bestehe, die Hinterlegung den Schuldner ohne weiteres befreie und die Grundlage des Verteilungsverfahrens nach § 872 ff. der ZPO. bilde, die nicht dadurch wieder zerstört werden dürfe, daß der hinterlegte Schuldbetrag zurückgenommen werde.

Ueberblickt man die Aeußerungen derjenigen, die sich im Sinne der herrschenden Meinung aussprechen, so gewinnt man den Eindruck, daß die Auffassung, die befreiende Wirkung der Hinterlegung sei aus der ZPO. zu entnehmen, als etwas Selbstverständliches betrachtet wird, das keiner Begründung bedürfe. Und doch würde gerade diese Auffassung eine Begründung fordern. Denn die Frage, ob der Drittschuldner von seiner Verbindlichkeit befreit wird, betrifft die Lösung des Schuldverhältnisses, also einen Gegenstand, der seinem Wesen nach dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehört und dessen Regelung in einer Ordnung des Prozeßrechts nur dann gesucht werden darf, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen.

II. Die Novelle der Zivilprozeßordnung.

Bei der Lösung der Frage, welche Bedeutung § 853 der ZPO. für die Befreiung des Drittschuldners hat, ist von vornherein ein Gesichtspunkt auszuscheiden, der in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden hervorgetreten ist: der Inhalt der Novelle zur ZPO.

Die Novelle hatte die Aufgabe, neben einigen Verbesserungen des Verfahrens vor allem diejenigen Bestimmungen zu treffen, die notwendig waren, um die ZPO. mit dem Rechte des BGB. in Einklang zu bringen. Für die Hinterlegung des § 853 brachte sie keine Aenderung. Es liegt daher die Annahme nahe, daß man von einer Aenderung deshalb absah, weil man mit der herrschenden Auffassung davon ausging, daß die Wirkungen der Hinterlegung schon durch die ZPO. geregelt seien und von den Bestimmungen des BGB. überhaupt nicht berührt würden. Bestätigt wird diese Annahme scheinbar durch die Aenderung, welche § 75, damals § 72 der ZPO. erfuhr. Diese Bestimmung betrifft den Fall, daß ein Dritter die im Prozesse geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt und in den Streit eintritt. Sie gewährt dem Beklagten die Entlassung aus dem Rechtsstreite, wenn er den Betrag der Forderung zugunsten der streitenden Gläubiger hinterlegt. Die Novelle hat als weitere Voraussetzung aufgestellt, daß der Beklagte unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt. Die Motive[1]) bemerken dazu: „Für den Schuldner handelt es sich hier darum, gegenüber dem einen wie dem anderen Beteiligten durch Entlassung aus dem Rechtsstreit von seiner Verbindlichkeit befreit zu werden. Ist dies richtig, so muß mit Rücksicht auf die Vorschriften des BGB. (§§ 376, 378) die Entlassung davon abhängig gemacht werden, daß die Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme erfolgt.“ Die Motive gehen also bei dieser Hinterlegung von der Erwägung aus, daß die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen den Bestimmungen des BGB. zu entnehmen sind, und daß es infolgedessen einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfe, um die nach dem BGB. zulässige Rücknahme auszuschließen.

Allein für die Hinterlegung des § 853 beweist dies nichts. Es darf ja wohl angenommen werden, daß bei dem Entwurfe der Novelle auch § 853 auf das Bedürfnis einer Aenderung hin geprüft wurde. Wenn gleichwohl keine Aenderung erfolgte, so kann dies zwar auf dem Gedanken beruhen, daß die Wirkungen dieser Hinterlegung von dem BGB. nicht berührt werden, es muß aber nicht so sein. Denn der Fall des § 853 ist wesentlich anders gelagert als der des § 75. Wenn im letzteren Falle durch die Hinterlegung des Schuldbetrages die Entlassung des Beklagten herbeigeführt worden ist, so hat sich damit die Prozeßlage derart verändert, daß diese Aenderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann und es wäre im höchsten Grade zweckwidrig, wollte man dem Beklagten die Entlassung gewähren und ihm gleichwohl die nach dem BGB. vorerst mögliche Rücknahme offenhalten. Es war daher geradezu notwendig, die Entlassung des Beklagten nur an eine solche Hinterlegung zu knüpfen, die nicht mehr zurückgenommen werden kann, und dies ist gemäß § 376 Abs. 2 Ziff. 1 BGB. diejenige, welche unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme erfolgt. Dies alles trifft für den Fall des § 853 nicht zu, denn die Aenderung einer Prozeßlage kommt bei der Hinterlegung des § 853 überhaupt nicht in Frage, und selbst wenn etwa infolge der Hinterlegung ein Verteilungsverfahren (§ 872 ff. der ZPO.) eingeleitet worden sein sollte, so ist doch dieses Verfahren nicht derart, daß es nicht bei Wegfall des Anlasses jederzeit wieder eingestellt werden könnte. Es ist also sehr wohl möglich, daß ein Zusatz zu § 853 nur deshalb nicht beigefügt wurde, weil man es nicht für notwendig hielt, die nach dem BGB. zulässige Rücknahme dort auszuschließen.

Selbst wenn aber die Verfasser des Entwurfs von der herrschenden Ansicht ausgegangen sein sollten, so könnte dies doch die Bedeutung des § 853 nicht ändern, da diese Auffassung weder in den Motiven noch — und das ist das Entscheidende — im Gesetze selbst zum Ausdruck gekommen ist. Durch die Novelle ist nicht etwa, wie man nach einem Satze in den Entscheidungsgründen des Oberlandesgerichts Dresden meinen könnte, eine neue Prozeßordnung an Stelle der alten getreten,

[1]) Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 S. 85.

sondern es sind nur einzelne Bestimmungen geändert, andere neu eingefügt worden. Diejenigen Bestimmungen, von denen in der Novelle nicht die Rede ist, können also auch durch die Novelle in ihrer Bedeutung nicht verändert worden sein. Sie haben zwar auf Grund gesetzlicher Ermächtigung neue Nummern[1]) erhalten, Inhalt und Gesetzeskraft aber beruhen auch jetzt noch auf der ursprünglichen Prozeßordnung.[2])

Die herrschende Meinung ist also durch die Novelle nicht Gesetz geworden und muß deshalb auf ihre Richtigkeit genau ebenso geprüft werden, wie wenn es eine Novelle zur ZPO. überhaupt nicht gäbe. (Schluß folgt.)

[1]) Reichsgesetz vom 17. Mai 1898 betreffend die Ermächtigung des Reichskanzlers zur Bekanntmachung der Texte verschiedener Reichsgesetze; (RGBl. S. 342) § 1 Abs. 1 und Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 369).

[2]) Reichsgesetz vom 30 Jan. 1877 (RGBl. S. 83 ff.).

Die sogenannte fingierte Zurücknahme der Privatklage in der Berufungsinstanz.

Von Landgerichtsrat **Hagen** in Frankenthal.

(Schluß.)

B. Der Angeklagte legt Berufung ein. Macht sich in diesem Falle der Privatkläger einer Versäumung nach § 431 Abs. II schuldig, so gilt die Privatklage als zurückgenommen; hiermit wird das angefochtene Urteil hinfällig und die Berufung des Angeklagten gegenstandslos (§ 431 Abs. II).

Macht sich der Privatkläger einer derartigen Versäumung schuldig und der Angeklagte erscheint seinerseits in der Berufungsverhandlung nicht, so wird nicht etwa seine Berufung in Anwendung des § 370 StPO. sofort verworfen, es gilt vielmehr auch in diesem Falle infolge der Versäumung des Privatklägers die Privatklage als zurückgenommen nach § 431 Abs. II, denn der § 431 geht dem § 370 vor. In dem Momente aber, in welchem die Privatklage als zurückgenommen gilt, ist das erstrichterliche Urteil hinfällig und die Berufung des Angeklagten gegenstandslos.

Es fragt sich noch weiter, ob die Versäumnisfolge des § 431 auch dann Platz greift, wenn der Privatkläger sich bei dem vom Angeklagten angefochtenen Urteile vollständig beruhigt hat, der Angeklagte jedoch nur zum Strafmaße Berufung eingelegt hat und der Privatkläger macht sich nun einer Versäumung nach § 431 Abs. II schuldig. Meines Erachtens muß dann trotzdem die Privatklage als zurückgenommen gelten. Denn der § 431 macht keine Unterscheidung zwischen der Berufung zur Schuld- und Straffrage und was hinsichtlich der relativen Rechtskraft des Urteils für die Anwendung des § 343 gilt, greift nicht ohne weiters Platz für die Sonderbestimmung des § 431: denn der Grund der Versäumnisfolge des § 431 ist auch der, dem Privatkläger die Möglichkeit zu benehmen, die Durchführung eines Rechtsmittels des Angeklagten zu vereiteln. Wollte man deshalb die Versäumnisfolge des § 431 Abs. II nicht eintreten lassen, wenn der Privatkläger sich bei dem ersten Urteile beruhigt, der Angeklagte es aber nur zum Strafmaße angefochten hat, so könnte der Privatkläger das ganze weitere Verfahren hintertreiben, denn das Gericht besäße kein Mittel, die Berufung zu erledigen. Ohne den Privatkläger zu verhandeln, ist nicht angängig, seine Vorführung wäre auch nicht zu ermöglichen, denn § 427 Abs. III StPO. gestattet zwar, das persönliche Erscheinen des Privatklägers anzuordnen, nicht aber, es durch einen Vorführungsbefehl zu erzwingen. Die Versäumnisstrafen des § 431 Abs. II StPO. wären aber nicht anwendbar, wenn eben nicht auch für diesen Fall (Beschränkung der Berufung des Angeklagten auf das Strafmaß) die Privatklage als zurückgenommen gilt, falls Privatkläger sich einer Versäumung schuldig macht.

Anders dagegen wird sich der Fall gestalten, wenn das Urteil mehrere selbständige Reate annimmt, der Privatkläger beruhigt sich bei ihm und der Angeklagte greift es nur zum Teile an. Soweit er sich nur gegen das Strafmaß (bei allen Reaten) wendet, gilt zwar das Vorgesagte, soweit er sich jedoch nur gegen das eine oder andere Reat wendet, die übrigen aber überhaupt nicht angreift, ist das Urteil, soweit es nicht angefochten ist, rechtskräftig geworden und unterliegt überhaupt keiner Prüfung durch das Berufungsgericht mehr. Hinsichtlich des angegriffenen Teiles des Urteils aber gilt (bei Versäumung des Privatklägers) die Privatklage als zurückgenommen und zwar mit Rücksicht auf das vorher Ausgeführte ohne Unterschied, ob dieser Teil überhaupt oder nur zum Strafmaße angefochten ist. Das Gesagte muß aber auch dann gelten, wenn nur der Angeklagte Berufung eingelegt hat, der Privatkläger begeht eine Versäumung nach § 431 Abs. II und der Angeklagte erscheint in der Berufungsverhandlung nicht. Auch hier wird nicht etwa die Berufung des Angeklagten sofort verworfen. Hat er zur Schuldfrage Berufung eingelegt, so gilt infolge der Versäumung des Privatklägers die Privatklage als zurückgenommen (§ 431 Abs. II StPO.), damit ist das angefochtene Urteil hinfällig und die Berufung des Angeklagten gegenstandslos. Denn der § 431 geht immer dem § 370 vor. Dasselbe gilt mit Rücksicht auf das Obenausgeführte, wenn er die Berufung nur zum Strafmaße eingelegt hat. Bei einer Mehrheit von Delikten ist dagegen der nicht angegriffene Teil des Urteils rechtskräftig geworden, hinsichtlich des angegriffenen Teiles gilt jedoch die Privatklage als zurückgenommen und zwar wiederum

ohne Unterschied, ob der angegriffene Teil lediglich zum Strafmaße oder überhaupt angefochten ist.

C **Beide** (Privatkläger und Angeklagter) legen Berufung ein:

Hier kommt folgendes in Betracht:

Erscheint der Angeklagte in der Berufungsverhandlung, während der Privatkläger sich einer Versäumung nach § 431 schuldig macht, so gilt die Privatklage als zurückgenommen. Die Berufung des Angeklagten erledigt sich dadurch von selbst, da durch die Zurücknahme der Privatklage das erstinstanzielle Urteil hinfällig wird. Dies muß aber dem sub B Ausgeführten zufolge auch dann gelten, wenn der Privatkläger zum Schuldausspruche, der Angeklagte dagegen nur zum Strafmaße Berufung eingelegt hat und sogar dann, wenn beide nur zum Strafmaße Berufung eingelegt haben. Dagegen greift auch hier wiederum Platz bei einer Mehrheit von Reaten, daß, wenn eines oder mehrere von keiner Seite angegriffen sind, das Urteil hinsichtlich dieser Reate rechtskräftig geworden ist und daher der Prüfung des Berufungsgerichtes nicht mehr weiter unterliegt.

Wie ist es nun zu halten, wenn bei einer Mehrheit von Reaten die **beiden** Berufungen sich gegen **verschiedene** Reate wenden? Z. B. der Angeklagte A. ist auf die Privatklage des B. verurteilt worden:

1. wegen eines Vergehens der Beleidigung nach § 185 StGB., begangen am 1. November 1905, zur Geldstrafe von 20 Mk., ev. 4 Tagen Gefängnis;
2. wegen eines Vergehens der Beleidigung nach § 186 StGB., begangen am 10. November 1905, zur Geldstrafe von 50 Mk., ev. 10 Tagen Gefängnis;
3. wegen eines Vergehens der Beleidigung nach § 186 StGB., begangen am 20. November 1905, zur Geldstrafe von 60 Mk., ev. 12 Tagen Gefängnis.

Beide Parteien beruhigen sich bei dem Urteil hinsichtlich des ersten Vergehens. Dagegen greifen sie das Urteil hinsichtlich des zweiten und dritten Vergehens an und zwar der Angeklagte A., weil er wegen des zweiten Vergehens verurteilt worden ist, der Privatkläger B., weil A. hinsichtlich des dritten Vergehens nur aus § 186 statt aus § 187 StGB. verurteilt worden ist.

Hier ergibt sich folgendes:

Würde in der Berufungsverhandlung der Angeklagte A. erscheinen, der Privatkläger B. dagegen sich einer Versäumung nach § 431 schuldig machen, dann wäre das angefochtene Urteil hinsichtlich des ersten Reates rechtskräftig; hinsichtlich des zweiten Reates würde die Privatklage als zurückgenommen gelten; dies würde dem Obengesagten zufolge selbst dann Platz greifen müssen, wenn Angeklagter A. hinsichtlich dieses Reates lediglich zum Strafmaße Berufung eingelegt hätte; hinsichtlich des dritten Reates müßte in die Verhandlung eingetreten und geprüft werden, ob nicht das Urteil zugunsten des Angeklagten aufgehoben oder abgeändert werden müßte, weil eben die Vorschrift des § 343 beachtet werden muß. Hätte dagegen Privatkläger hinsichtlich des dritten Reates lediglich zum Strafmaße Berufung eingelegt, so müßte gleichfalls in die Verhandlung eingetreten, aber nur geprüft werden, ob nicht das Urteil hinsichtlich des Strafmaßes beim dritten Reate zugunsten des Angeklagten abgeändert werden könnte (vgl. die Bemerkungen oben zu § 343). Anders würde die Sache nur liegen, wenn der Angeklagte hinsichtlich des dritten Reates **freigesprochen** worden wäre. Dann wäre die hiergegen eingelegte Berufung des Privatklägers sofort zu verwerfen, weil eben hinsichtlich dieses Reates für den Angeklagten eine günstigere Entscheidung nicht erfolgen könnte und daher der § 343 gegenstandslos wäre. Nur für diesen Fall (Freisprechung des Angeklagten) trifft meines Erachtens die Ansicht von Loewe-Hellweg, S. 882 Anm. 8 zu. Wenn es daselbst ganz allgemein heißt:

> „. . . Haben sie (die Rechtsmittel der Parteien) **verschiedene, selbständige Klagepunkte** zum Gegenstande, so kann die Klage nur in Ansehung des von dem Rechtsmittel des Angeklagten betroffenen Punktes als zurückgenommen gelten, während das Rechtsmittel des Privatklägers verworfen werden muß“,

so ist hierbei übersehen, daß in **allen** Fällen, in welchen der Privatkläger Berufung einlegt und eine Versäumung begeht, die Vorschrift des § 343 zu wahren ist, wenn nicht der Angeklagte freigesprochen worden ist (vgl. auch Loewe-Hellweg, S. 882 Anm. 10).

Es fragt sich nun noch, wie es zu halten ist, wenn beide Parteien Berufung eingelegt haben und der Privatkläger begeht eine Versäumung nach § 431, der Angeklagte erscheint aber in der Berufungsverhandlung **nicht**. Hier sind wieder die einzelnen Fälle auseinander zu halten.

a) Es liegt nur ein Reat vor und das Urteil ist allgemein von beiden Parteien angefochten, dann muß die Privatklage als zurückgenommen angesehen werden, denn der § 431 geht dem § 370 vor. Dies müßte dem sub B Ausgeführtem zufolge auch dann gelten, wenn der Privatkläger zum Schuldausspruche und der Angeklagte nur zum Strafmaße Berufung eingelegt hätte und sogar dann, wenn **beide** nur zum Strafmaße Berufung eingelegt hätten. Damit ist das angefochtene Urteil hinfällig und die beiden Berufungen sind dann gegenstandslos.

b) Liegen dagegen dem Urteile mehrere Reate zugrunde und ist das Urteil nur zum Teil, wenn auch hinsichtlich verschiedener Punkte angefochten, dann liegt die Sache genau so, wie in dem Falle, daß beide Berufung eingelegt haben und der Angeklagte erscheint, aber Privatkläger begeht eine Versäumnis nach § 431 (s. oben). Wenn man

also das vorerwähnte Beispiel wieder zugrunde legt, so ergibt sich folgendes:

Nachdem sich beide Parteien hinsichtlich des ersten Reates beruhigt haben, ist das angefochtene Urteil in dieser Hinsicht rechtskräftig und bleibt insoweit bestehen. Wenn dagegen Angeklagter A. und Privatkläger B. das Urteil zu 2 und 3 angreifen und zwar A., weil er wegen des zweiten Vergehens nicht freigesprochen worden ist, B. dagegen, weil A. wegen des dritten Vergehens nur aus § 186 statt aus § 187 StGB. verurteilt worden ist, so liegt die Sache so:

Hinsichtlich des ersten Vergehens ist das Urteil rechtskräftig, hinsichtlich des zweiten ergibt sich aus dem Obenaufgeführten, daß, wenn A. erscheinen und B. sich einer Versäumung schuldig machen würde, die Privatklage in diesem Punkte als zurückgenommen gelten müßte. (§ 431 Abs. II.) Dasselbe aber muß gelten, wenn auch der Angeklagte in der Berufungsverhandlung nicht erscheinen würde. Denn § 431 geht dem § 370 vor. In dem Augenblick also, in dem Privatkläger die Versäumung begeht, gilt die Privatklage als zurückgenommen, wodurch das angefochtene Urteil hinfällig ist. Damit ist aber gar kein Boden mehr für die Prüfung der Berufungen des Privatklägers und des Angeklagten. Hinsichtlich des dritten Vergehens müßte nach dem Obengesagten, wenn der Angeklagte in der Berufungsverhandlung erscheinen würde, in die Verhandlung eingetreten und geprüft werden, ob nicht das Urteil zugunsten des Angeklagten abgeändert oder aufgehoben werden müßte (abgesehen von dem Falle, daß der Angeklagte freigesprochen worden wäre). Dies trifft aber auch zu, wenn der Privatkläger eine Versäumung begeht und der Angeklagte erscheint nicht (s. oben zu A am Ende). Denn Privatkläger hat Berufung eingelegt; im Falle einer Versäumung nach § 431 seitens des Privatklägers ist die Berufung an sich sofort zu verwerfen, aber unbeschadet der Bestimmung des § 343. (Vgl. § 431 Abs. III.)

Es ist jedoch auch hier wieder zu beachten, in welchem Maße der Privatkläger das Urteil zu dem Vergehen 3 angefochten hat. Hat er es ohne Einschränkung angefochten, so könnte das Urteil hinsichtlich des dritten Vergehens aufgehoben und Angeklagter freigesprochen werden. Hatte dagegen der Privatkläger das Urteil hinsichtlich des dritten Vergehens nur zum Strafmaße angefochten, dann müßte zwar auch in die Verhandlung eingetreten werden, es könnte das Urteil zugunsten des Angeklagten aber nur dahin abgeändert werden, daß die wegen des dritten Vergehens verhängte Strafe ermäßigt würde.

Zum Schlusse mag noch erwähnt werden, daß die Bestimmungen des § 431 auf die Widerklage (§ 428) entsprechende Anwendung finden.

Stehen dem Arbeitgeber wegen plötzlicher Arbeitseinstellung Ansprüche auf Schadensersatz zu, und wie sind sie zu verfolgen?

Von Rechtsanwalt **Godron** in Fürth.

Für die Beurteilung der Frage, inwieweit bei plötzlichen Arbeitseinstellungen und bei ihrer wichtigsten Art, dem Streik, dem Arbeitgeber gegen die Arbeitnehmer — vorausgesetzt, daß nach den Vereinbarungen oder der Arbeitsordnung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses an keine Kündigungsfrist geknüpft ist — Ansprüche auf Schadensersatz erwachsen, und wie sie verfolgt werden können, sind die einschlägigen Bestimmungen der GewO. und des BGB. maßgebend.

Die Freiheit des Arbeitsvertrages ist im Hinblick auf § 105 der GewO. gegeben: Die „Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Uebereinkunft." Die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Rechtes über den Inhalt der Verträge werden jedoch durch diese Gesetzesstelle nicht berührt, vielmehr ist für die Auslegung der Verträge, den Inhalt und ihren ganzen Aufbau das Bürgerliche Recht bestimmend. (Vgl. auch Landmann-Rohmer, Kommentar zur GewO., 4. Auflage 1903 Bd. II S. 14 zu § 105 GewO.)

Eine Verletzung des Dienstvertrages, dessen Grundlage in Fabriken die Arbeitsordnung ist, insbesondere der Kontraktbruch, ist der strafrechtlichen Verfolgung entzogen, wohl aber tritt auf Seite dessen, der sich seiner Verletzung schuldig macht, Haftung für den entstehenden Schaden ein, wie im Folgenden näher ausgeführt wird. (Vgl. Landmann-Rohmer Bd. II S. 17 zu § 105 GewO.) Was die Lösung des von dem Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber eingegangenen Arbeitsverhältnisses anlangt, so sind an sich die Bestimmungen in § 122 GewO. — 14tägige Kündigung — ausschlaggebend. Doch räumt der genannte Paragraph durch die Einschaltung des Bedingungssatzes „wenn nicht ein anderes verabredet ist" den Arbeitgebern wie den Arbeitnehmern das Recht ein, kürzere oder längere Kündigungsfristen an Stelle der 14tägigen zu setzen, nur daß sie für beide Teile — analog der Gesetzesbestimmung im HGB. § 67 — gleich sein müssen. Außerdem steht es auch auf Grund dieser Bestimmung dem Unternehmer wie dem Arbeiter frei, das Arbeitsverhältnis in der Weise einzugehen, daß dessen Lösung an keine Kündigungsfrist gebunden ist. Dies ist wohl in den meisten Fabriken und auch Kleingewerbebetrieben Süddeutschlands und Norddeutschlands, weniger jedoch in der Rheingegend der Fall.

Allein wenn auch auf beiden Seiten die Kündigung — sei es durch Verabredung, sei es gemäß

§ 134 b Abs. I Ziff. 3 der GewO. durch Aufnahme dieser Bestimmung in die Arbeitsordnung — ausgeschlossen ist, so darf man keineswegs an dem Wortlaut einer solchen Verabredung oder Vorschrift kleben und dies so auslegen, als könne der Arbeiter einfach fortlaufen und die Arbeit liegen lassen.

Bestimmend für die Tragweite und Auslegung solcher Verabredungen und Vorschriften sind vielmehr die Normen des BGB. in § 133:

„Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen, und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften" und in § 157:

„Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Unter Zugrundelegung dieser Bestimmungen muß man sagen, daß bei den gewöhnlichen Arbeitern das Arbeitsverhältnis nicht vor Schluß eines Arbeitstages, bei den Akkordarbeitern nicht vor Fertigstellung der ihnen übertragenen Arbeiten gelöst werden darf, widrigenfalls die Pflicht zum Schadensersatz entsteht. Es liegen zwar auch widersprechende Entscheidungen vor, welche in der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Vollendung der übernommenen Akkordarbeiten keinen Vertragsbruch erblicken. Landmann-Rohmer führt auf S. 189 an: das Urteil des Gewerbegerichts Berlin vom 19. Oktober 1895, abgedruckt bei Unger, Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin, Berlin 1898; das Urteil des gleichen Gerichts vom 17. Oktober 1902, abgedruckt in der Sozialen Praxis Bd. XII, Sp. 141, sowie ein Urteil des Gewerbegerichts Leipzig, abgedruckt im Gewerbegericht, Monatsschrift des Verbands Deutscher Gewerbegerichte im 5. Jahrgang Nr. 6 vom 1. März 1900 Sp. 131.

Zur Beleuchtung dieser Entscheidungen sei das letztgenannte Urteil einer kurzen Betrachtung unterzogen: Die 6 klägerischen Eisengießereiarbeiter (Akkordarbeiter) hatten sich ohne Urlaub an der Maifeier beteiligt und waren daraufhin am 2. Mai 1899 früh vom Arbeitgeber entlassen worden; sie verlangten vom Beklagten nicht nur den Lohn für die von ihnen bereits geleistete Teilarbeit, sondern Zahlung des vollen Akkordlohnes als Lohn bzw. Entschädigung für die sofortige Entlassung. Die geforderten Beträge erreichten die Höhe des durchschnittlichen Wochenverdienstes bei den einzelnen Arbeitern nicht.

Der Beklagte stützte seinen Antrag auf Klagabweisung darauf, daß er nach der Arbeitsordnung berechtigt gewesen sei, die Arbeiter sofort, d. i. noch vor Vollendung der ihnen übertragenen Arbeiten zu entlassen; denn die Arbeitsordnung schließe die Kündigung aus, sodaß er höchstens für verpflichtet erklärt werden könne, die Arbeiter für die von ihnen gewährten Teilleistungen verhältnismäßig zu entlohnen; allein auch diese Ansprüche weise er zurück, da nach Abs. IV Ziff. 5 der Arbeitsordnung Gießereiarbeiter — dies seien die Kläger — keine Teilvergütung verlangen könnten, wenn sie eine angefangene Arbeit eigenwillig oder infolge eigener Schuld unvollendet ließen. Nach Abs. IV Ziff. 4 der Arbeitsordnung sei aber mangelhafte oder säumige Ausführung der Akkordarbeit einem verschuldeten Unvollendetlassen gleich zu achten. Daß die Kläger die Arbeit nicht fertig gemacht hätten, sei ihre eigene Schuld, da sie sich ohne seine Erlaubnis an der Maifeier beteiligt hätten.

Die Kläger wendeten ein, die zuletzt angeführte Bestimmung der Arbeitsordnung stehe im Widerspruche zu einer weiteren Vorschrift in Abs. IV Ziff. 4, welche dem durch eigenes Verschulden die ihm zugewiesene Arbeit nicht vollendenden Akkordarbeiter wenigstens für die verwendete Zeit einen Anspruch auf den ortsüblichen Tagelohn gebe; mindestens einen solchen verlangten sie daher mit ihrer Klagsbitte.

Die Klage wurde abgewiesen, die Lohneinhaltung durch den Beklagten als gerechtfertigt erklärt. Zur Begründung ist ungefähr folgendes ausgeführt:

Das Arbeitsverhältnis sei auf beiden Seiten jederzeit lösbar. Nach Abs. IV der Arbeitsordnung dürften Akkordarbeiter im allgemeinen, wenn ihre Arbeit noch nicht vollendet, gleichviel wie weit sie auch vorgeschritten sei, als Entschädigung den ortsüblichen Tagelohn fordern, während die Gießereiarbeiter insbesondere gar keinen Anspruch auf Vergütung besäßen. Abs. IV Ziff. 4 der Arbeitsordnung stelle mangelhafte oder säumige Ausführung der Akkordarbeit dem verschuldeten Nichtvollenden gleich „ohne Bedenken sei die in Ziff. 5 enthaltene Bestimmung auch auf den Fall auszudehnen, daß ein Gießereiarbeiter in der Ausführung der angefangenen Akkordarbeit säumig sei (und zwar um deswillen, weil die beiden von den Parteien erwähnten Vorschriften unter Abs. IV der Arbeitsordnung unmittelbar nacheinander aufgeführt seien)".

Die Säumigkeit der Gießereiarbeiter aber sei gegeben, mit Rücksicht darauf, daß sie ohne Erlaubnis des Arbeitgebers am 1. Mai gefeiert hätten. Sie hätten also nach Abs. IV Ziff. 5 keinen Anspruch auf Vergütung der Teilarbeiten; denn nach dieser Bestimmung stehe zwar dem Arbeitgeber nicht das Recht zu, die Arbeiter auf die ungesäumte Vollendung der Arbeiten zu verklagen, wohl aber dürfe er den von den Arbeitern auf den Akkord verdienten Lohn im Falle der Versäumnis für verwirkt erklären.

Es hätten somit die Kläger keinen Anspruch auf die von ihnen geforderten Beträge. Auch als ein Verstoß gegen § 134 b II GewO., in welchem Falle die Vorschrift in Abs. IV Ziff. 5 der Arbeitsordnung ungültig sei, könne diese nicht ausgelegt werden, da die Lohnverwirkung nicht als Geldstrafe, sondern als Konventionalstrafe aufzufassen sei. Mit § 134 II GewO. stehe die Bestimmung der Arbeitsordnung ebenfalls nicht im Widerspruch; denn aus

dem dort für den Arbeitgeber aufgestellten Verbot, sich bei rechtswidriger Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Lohnverwirkung über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes auszubedingen, sei nicht zu folgern, daß er eine solche überhaupt nicht vereinbaren dürfe, wenn der Arbeiter die angefangene Akkordarbeit nicht fertig stelle oder sich in deren Vollendung säumig zeige und zwar selbst dann, wenn die Kündigung ausgeschlossen sei.

Fraglos sei der Arbeitgeber berechtigt, in die Arbeitsordnung die Bestimmung aufzunehmen, daß er nur die fertige Arbeit zahle, es aber dem Arbeiter freistelle, jederzeit bei Verzicht auf den bisher verdienten Teillohn die Arbeit einzustellen. „Unbedenklich unter allen Umständen aber sei die Bestimmung, wenn sie nur Bezug habe auf den Fall, daß ein Verschulden des Arbeiters vorliege, und wenn sie nicht über die in § 134 GewO. festgesetzte Lohnhöhe hinausgehe".

Auch die andern angezogenen Entscheidungen behandeln gleich einem noch weiter im Gewerbegericht Bd. V Nr. 5 Sp. 104 abgedruckten Erkenntnis ähnlich gelagerte Tatbestände, sind also, da, wie Landmann-Rohmer hierzu ausführt und aus dem vorstehend mitgeteilten Urteil zu ersehen ist, jeweils besondere Fälle in Frage kommen, nicht geeignet, die vorher aufgestellten allgemeinen Grundsätze zu entkräften.

Landmann-Rohmer fährt dann in seinem Kommentar auf S. 190 fort: „Auch bei Ausschluß einer Kündigungsfrist wird in der Regel nur von einem Tage zum andern, nicht aber mitten im Tage mit sofortiger Wirkung gekündigt werden dürfen", wobei sich diese Auslegung des Vertrags nur auf die gewöhnlichen Arbeiter erstreckt, während bezüglich der Akkordarbeiter wie oben erwähnt, der Rechtssatz gilt, daß sie zuerst die Arbeit vollenden müssen.

Bei seinen eben angezogenen Ausführungen stützt sich Landmann-Rohmer wahrscheinlich auf das auch von ihm angeführte Urteil des Gewerbegerichts Charlottenburg vom 6. September 1901, abgedruckt im Gewerbegericht Bd. V Nr. 3 Sp. 94 und 95, wo es Spalte 95 heißt: „Somit muß bei Arbeitsverträgen, die auf länger als einen Tag, oder auf unbestimmte Zeit geschlossen werden, die Vereinbarung, daß die Lösung des Arbeitsverhältnisses in kürzerer Zeit als von einem Tage zum andern zulässig sein soll, unzweideutig Ausdruck finden. Es fragt sich nun, ob die Vereinbarung von Stundenlohn als derartige Vereinbarung anzusehen ist.

Diese Frage muß unbedenklich verneint werden. Es stellt sich die Vereinbarung von Stundenlohn nur als eine Art der Berechnung für die Arbeitsvergütung dar, aber nicht etwa als Vereinbarung einer Kündigungsfrist von einer Stunde oder gar als Abrede, daß die Lösung des Arbeitsverhältnisses jeden Augenblick zulässig sein soll. Denn die Frage der Kündigungsfrist wird durch die Art der Lohnfestsetzung als Stunden-, Tage-, Wochen-, Monats-, Akkord- usw. Lohn nicht beeinflußt."

Eine plötzliche Arbeitseinstellung ist also nach obigen Ausführungen bei Lohnarbeitern gegeben, wenn sie des Abends die Arbeitsstätte verlassen, ohne dem Arbeitgeber oder der Fabrikleitung davon Anzeige zu erstatten, daß sie am folgenden Tage die Arbeit nicht mehr aufnehmen wollen, und am nächsten Tage einfach nicht mehr erscheinen, oder wenn sie mitten im Tage die Arbeit einstellen. Bei Akkordarbeitern dagegen ist es als plötzliche Arbeitseinstellung anzusehen, wenn sie vor Vollendung der übernommenen Arbeiten die Werkstätte verlassen oder wenn sie nicht mindestens mit Ablieferung der von ihnen hergestellten Erzeugnisse dem Arbeitgeber oder der Fabrikleitung gegenüber das Arbeitsverhältnis lösen.

Liegt eine solche plötzliche Arbeitseinstellung vor, so erhebt sich die Frage, welche Rechte dem Arbeitgeber hieraus erwachsen. Ohne Zweifel das Recht auf Schadensersatz.

Zur Verwirklichung dieses Schadensersatzanspruches wird man auf § 124 b der GewO. zurückgreifen; denn es ist klar, insbesondere auch im Hinblick auf die vorhergehenden Ausführungen, daß die vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses als rechtswidriges Verlassen der Arbeit aufzufassen ist.

§ 124 b lautet, soweit er hier interessiert, folgendermaßen:

„Hat ein Geselle oder Gehilfe rechtswidrig die Arbeit verlassen, so kann der Arbeitgeber als Entschädigung für den Tag des Vertragsbruches und jeden folgenden Tag der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, höchstens aber für eine Woche, den Betrag des ortsüblichen Tagelohns fordern. Diese Forderung ist an den Nachweis eines Schadens nicht gebunden. Durch ihre Geltendmachung wird der Anspruch auf Erfüllung des Vertrags und auf weiteren Schadensersatz ausgeschlossen."

Allein diese Bestimmung greift nur dann Platz, der dort normierte Schaden — bei Kündigungsausschluß der Betrag eines einmaligen ortsüblichen Taglohnes — kann nur verlangt werden, wenn es sich um Gesellen und Gehilfen, für die allein dieser Paragraph gilt, nicht wenn es sich um Fabrikarbeiter handelt. Bei den großen Streiks, wie sie namentlich in industriellen Zentren vorkommen, sind jedoch die Kontraktbrüchigen, wenigstens in den meisten Fällen, nicht Gesellen und Gehilfen, sondern Fabrikarbeiter.

In diesem Falle ist der § 134 der GewO. Abs. II mit folgendem Texte einschlägig:

„Den Unternehmern von Fabriken, in welchen in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, ist untersagt, für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter die Verwirkung des rückständigen Lohnes über den Betrag des durchschnittlichen

Wochenlohnes hinaus auszubedingen. Auf die Arbeitgeber und Arbeiter in solchen Fabriken finden die Bestimmungen des § 124 b **keine** Anwendung." Zum Begriff Fabrik und Fabrikarbeiter sind die Ausführungen bei Landmann-Rohmer Bd. II zu § 134 S. 281 ff. zu vergleichen. Hiernach gehören: „die Fabriken zu denjenigen Gewerbebetrieben, welche sich mit der Bearbeitung, Verarbeitung oder Veredlung von Rohstoffen, Halbfabrikaten oder fertigen Erzeugnissen befassen". Auf S. 282 l. c. führt Landmann-Rohmer die Hauptmerkmale, die bei einer Fabrik vereinigt sind, unter Ziff. 1 bis 7 auf und fährt dann fort: „Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Fabrikbetrieb und Handwerksbetrieb ist, daß der Unternehmer sich auf die Leitung des Unternehmens beschränkt und an der Herstellung der Produkte nicht selbst mit eigner Hand teil nimmt."

„Zum Begriffe des Fabrikarbeiters gehört die Beschäftigung in den Räumen der Fabrik, während als Fabrikarbeit jede Arbeit anzusehen ist, welche für Zwecke des Fabrikbetriebs in der Fabrik erfolgt."

Es müssen also in einem solchen Falle, vergleichsweise in dem letzten großen Ausstand der Metallarbeiter in München, Augsburg, Nürnberg, Fürth, die Arbeitgeber, da sie sich nicht auf § 124 b GewO. stützen können, den Schaden nachweisen, der ihnen durch vorzeitige Lösung des Arbeitverhältnisses erwachsen ist. Hiervon spricht auch § 134 b der GewO. Abs. II am Ende: „Das Recht des Arbeitgebers, Schadensersatz zu fordern, wird durch diese Bestimmung (über Strafgelder) nicht berührt."

Zu verfolgen wäre der Anspruch auf Ersatz des nachgewiesenen Schadens vor dem Gewerbegericht gemäß § 4 Abs. I Ziff. 4 des Gewerbegerichtsgesetzes.

Bezüglich entlohnter Arbeiter wären also die Arbeitgeber auf den Klageweg verwiesen; soweit die Löhne etwa noch nicht ausbezahlt sind, da oftmals die Auszahlung arbeitsordnungsgemäß auf einen bestimmten Tag, den Schluß der Woche, festgesetzt ist, ist die Rechtslage durch § 273 BGB. geregelt, wonach der Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigern kann. Es kann also der Arbeitgeber den Lohn zurückbehalten, bis ihm Schadensersatz geleistet ist, oder gemäß § 387 BGB., da in diesem Falle beiderseits Geldforderungen in Frage stehen, mit seinem Schadensersatzanspruche bis zur Höhe des Lohnes aufrechnen und den Rest einklagen, wobei die Aufrechnungserklärung schriftlich oder mündlich zu erfolgen hätte.

Hierzu ist zu bemerken, daß eine Aufrechnung mit der Schadensersatz- gegen die Lohnforderung nur insoweit ermöglicht ist, als der Gesamtbetrag des Lohnes die Summe von 1500 Mark übersteigt, gemäß § 394 BGB. („soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt") und nach § 850 Ziff. 1 ZPO. mit § 4 Ziff. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869, wonach erst der die Summe von 1500 Mark pro Jahr übersteigende Gesamtbetrag der Vergütung der Pfändung unterworfen ist und zur Aufrechnung verwendet werden kann.

Bezüglich der noch zu vollendenden Akkordarbeiten käme § 326 BGB. in Frage: es müßte also den Arbeitern eine angemessene Frist gesetzt werden mit dem Bemerken, daß seitens der Arbeitgeber nach deren Ablauf die Annahme der Leistung abgelehnt werde. Hiernach ist wieder auf Schadensersatz zu klagen, bei Lohnrückständen in dem erwähnten Umfange aufzurechnen oder der Lohn zurückzuhalten.

Unter Umständen kann sogar von der Fristsetzung abgesehen werden, wenn nämlich die Arbeitgeber nachweisen, daß infolge des Verzugs die Erfüllung des Vertrags für sie kein Interesse mehr hätte. § 326 Abs. II BGB.

Selbstverständlich kann nicht davon die Rede sein, daß der Streik das Vertragsverhältnis löse, der die Koalationsfreiheit gewährende § 152 GewO. hebt nur die strafrechtliche Verfolgung auf, die zivilrechtlichen Folgen fallen den Streikenden zur Last, die mehreren, die verabredet handeln, haften als Gesamtschuldner. Insbesondere ist hierzu noch das Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 47 S. 246 ff. zu vergleichen, das auf demselben Standpunkt steht und sogar sich dahin ausspricht, daß gegen die mehreren, auf Verabredung streikenden Arbeiter auch eine Deliktsklage wegen arglistiger Vermögensbeschädigung gegeben sei. (Siehe auch Landmann-Rohmer Bd. II S. 501 zu § 152 GewO.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Anfechtung eines Prozeßvergleichs. Hat die Anfechtung der materiellen Gültigkeit eines zur Beilegung des Rechtsstreits vor dem Prozeßgerichte geschlossenen Vergleichs — z. B. wegen Irrtums oder Betrugs — in einem neuen besonderen Rechtsstreite zu geschehen oder ist die den Vergleich anfechtende Partei berechtigt, noch innerhalb des bisherigen Verfahrens eine Entscheidung des Gerichts sowohl darüber, ob der Vergleich den Rechtsstreit beendigt hat oder nicht, als auch (zweitenfalls) zur Sache über den ursprünglichen Klagegrund herbeizuführen? Die Frage ist streitig, die reichsgerichtliche Rechtsprechung nicht einheitlich. Jüngsthin ist in Übereinstimmung mit **Gaupp** § 794, l. c. d (2. Bd. S. 508/9), **Petersen** § 797 Anm. 2, **Seuffert** § 794 Anm. 2, k, **Kohler** (Prozeß als Rechtsverhältnis, Buschs Z. 24 S. 18, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswiderung ebendort 29 S. 44 f.), **Eccius** bei Gruchot Bd. 30 S. 466 und in Anlehnung an ein Erkenntnis des VI. Senats vom 20. März 1897 (RGZ. 39 S. 392) der IV. Senat

mit Entscheidung vom 3. Juli 1905 (JW. 1905 S. 533) der zweiten Ansicht unter der Begründung beigetreten, daß die Wirkung einer endgültigen Beendigung eines schwebenden Rechtsstreits nur einem in formeller und materieller Beziehung gültigen Prozeßvergleiche zukommen. Auf der anderen Seite hat sich bereits früher der II. Senat mit Beschluß vom 14. Juni 1895 (JW. 1895 S. 395 dahin ausgesprochen, daß nach Abschluß eines den ganzen Rechtsstreit umfassenden gerichtlichen Vergleichs, der den Prozeß erledige, wie ein Urteil, eine Fortsetzung des Rechtsstreits unmöglich sei. Der I. Zivilsenat endlich, der sich jener die Anfechtung innerhalb des bisherigen Verfahrens zulassenden Ansicht in solcher Allgemeinheit nicht anschließen kann, läßt es — Beschl. v. 12. Juli 1905 (JW. 1905 S. 535, Seuff. Arch. 61 Nr. 94) — für den Fall, daß die Nichtigkeit des Vergleichs von Anfang an feststeht, dahin gestellt, ob dann das Verfahren fortgesetzt werden kann, erachtet aber ein nachträgliches Verfahren innerhalb des bisherigen Rechtsstreits dann als unstatthaft, wenn nur eine Partei behauptet, daß der Vergleich wegen Irrtums oder Betrugs angefochten und darum nichtig sei, wenn also die Nichtigkeit noch unentschieden ist und es sich erst durch eine weitere Verhandlung feststellen läßt, ob das Vorbringen der anfechtenden Partei schlüssig oder unwahr ist; der Senat weist darauf hin, daß es nicht die Absicht des Gesetzes sein kann, zur Aufgabe einer durch den Vergleichsabschluß gewonnenen völlig klaren Prozeßposition zugunsten eines durch zunächst illiquide Parteibehauptungen hervorgerufenen Verfahrens zu zwingen. Die Fälle, in denen ein zur Beilegung des ganzen Rechtsstreits geschlossener Prozeßvergleich wegen materieller Mängel angefochten wird, sind nicht ganz selten. Dem Oberlandesgerichte Zweibrücken hat vor kurzem ein solcher Fall vorgelegen; es hat in dem bisherigen Verfahren, nachdem von dem den Vergleich wegen Irrtums anfechtenden Beklagten zu dem anberaumten Termine geladen war, mündliche Verhandlung gepflogen und mit Urteil vom 17. April 1906 nach Lage des Falls (§ 119 Abs. 1a E. BGB.) den Rechtsstreit als durch den Vergleich beendigt erklärt. Eine eingehende Prüfung der Frage ist wünschenswert; die Untersuchung wird dabei in die Verschiedenheit der rechtlichen Natur von Urteil und Vergleich, in die Lehre von der „Instanz" und deren formellen wie materiellen Erledigung einzudringen haben.

Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Ein landwirtschaftlicher Betriebsunfall. Die Gutsverwaltung L. beschickte im Vorjahre die landwirtschaftliche Ausstellung in M. mit einer Anzahl von Musterschweinen, zu deren Wart und Pflege der Gutsknecht E. für die Dauer der Ausstellung abgeordnet wurde. Die gleiche Ausstellung wurde auch von der Ackerbauschule N. und dem Gutsbesitzer X. mit einer Anzahl von Ebern beschickt. Nach Verbringung der Tiere auf den Ausstellungsplatz ließ sich X. verschiedene Eber zur näheren Besichtigung aus den Zelten durch den Schweinewärter E. vorführen, und dieser kam dem Ersuchen in der irrtümlichen Meinung nach, daß X. Mitglied des Preisgerichts sei. Hierbei biß ein Eber der Ackerbauschule N. den Schweinewärter derart in das Bein, daß dieser mehrere Wochen hilfsbedürftig im Krankenhause liegen mußte und nunmehr dauernd erwerbsbeschränkt ist. Der Unfall wurde nach Maßgabe der Unfallversicherungsgesetze den zuständigen Stellen angezeigt, von dem Verletzten wurden aber gleichzeitig, da die Annahme einer Betriebsgefahr bei dem auf einer Ausstellung, mithin außerhalb des eigentlichen landwirtschaftlichen Betriebes erfolgten Unfalle fraglich erschien, die beteiligten Aussteller N. und X. wegen Schadloshaltung in Anspruch genommen. Diese verhielten sich ablehnend, die zuständige Berufsgenossenschaft nahm jedoch einen Betriebsunfall an. Die nähere Prüfung der Sache ergibt folgendes: Mit der Annahme eines Betriebsunfalls scheidet nach den Bestimmungen des Unfallversicherungsgesetzes (§§ 146, 147 landw. UG.) lediglich die Haftung des Betriebsunternehmers, d. i. der dienstberechtigten Arbeitgeberin L. unzweifelhaft aus, während die Haftpflicht der in Anspruch genommenen Dritten in keiner Weise verringert wird. Die Ansprüche auf Schadensersatz gegen Dritte gehen bei Betriebsunfällen lediglich auf die Berufsgenossenschaft im Umfang ihrer Entschädigungspflicht über, bestehen aber im übrigen zugunsten des Verletzten unberührt fort (§ 151 l. c.). Gleichwohl kann im gegebenen Falle von keinem der beteiligten Dritten aus dem Unfall ein Schadensersatzanspruch für den Verletzten hergeleitet werden: Vor allem sind die gegen den Tierhalter, d. i. die Ackerbauschule N., auf Grund der §§ 833, 847 BGB. gerichteten Ansprüche unbegründet. Allerdings handelt es sich um „ein willkürliches Tun" des Tieres, um einen „Ausfluß seiner tierischen Natur", — nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts unerläßliche Voraussetzungen der Haftung aus § 833 —, und man kann nicht etwa die Ersatzpflicht des Tierhalters deswegen für ausgeschlossen erklären, weil mit dem Öffnen des Zeltes in der fremden Umgebung das Tier erschreckt wurde, und somit ein „äußeres Ereignis mit unwiderstehlicher Gewalt" auf das Tier einwirkte, welches nach der Lehre des Reichsgerichts ein selbständiges tierisches Tun ausschließen würde. Es liegt im Gegenteil in der Natur der Eber, daß sie bei plötzlichen Einwirkungen auf ihre Sinne wild auffahren und dann heftig auf ihre Umgebung losstürzen. Mit derartigen Vorkommnissen hat bei Ebern jeder zu rechnen, und es ist gerade der eigentliche Zweck des § 833 l. c., gegen die Folgen derartiger Vorfälle Ersatz zu gewähren. — Die Haftung der Ackerbauschule ist aber auch nicht etwa auf Grund des § 254 BGB. ausgeschlossen, weil der Schweinewärter unbefugt die fremden Zelte öffnete und so durch sein Verhalten Mitursache des Unfalls war. Die allegierte Bestimmung setzt eine schuldhafte Mitwirkung des Beschädigten voraus, die hier nicht gegeben ist. Der Verletzte, der sich den Winken der Preisrichter zu fügen hatte, glaubte bei Vorführung des Ebers in Abwesenheit des zuständigen Wärters in Ausübung einer Pflicht, oder doch wenigstens eines Geschäftes, dessen Besorgung nach Lage der Verhältnisse erwartet werden mußte, zu handeln; er hat sich also nicht ohne hinreichenden Grund den Angriffen des Tieres ausgesetzt, war unschuldig an dem Unfalle, und sein bloß mitwirkendes Verhalten verringert die Ersatzpflicht des Tierhalters nicht. — Die Ackerbauschule kann endlich ihre Haftung auch nicht durch den Hinweis auf den ihrerseits selbst bestellten, bewährten Schweinewärter und die sichere Verwahrung der Tiere in den Ausstellungszelten abwenden, da ein Exkulpations-

beweis wohl bei der Haftung für Angestellte (§ 831 BGB.), nicht aber bei der Haftung für Tiere zugelassen ist. — Die Haftpflicht der Ackerbauschule ist aber gleichwohl ausgeschlossen, denn ein derartiges Vorkommnis, daß eine fremde Person unbefugterweise die wohlverwahrten Eber freiläßt, ist für den Tierhalter ein nicht zu gewärtigender Zufall, ist höhere Gewalt, die er nicht zu vertreten hat. Wohl tut § 833 BGB. dieses Begriffes nicht Erwähnung, sondern statuiert schlechthin die unbedingte Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden. Wo immer aber ein Gesetz eine derartig strenge Haftung kennt, wird sie wieder aufgehoben durch den Nachweis höherer Gewalt oder des Beschädigten eigener Verschuldung (conf. § 1 RHaftpflG.). Beide Eventualitäten müssen gegebenenfalls auch bei § 833 BGB. durchschlagend sein, weil die Haftung des Tierhalters nur auf dem Verursachungsprinzipe fußen kann, das durch die höhere Gewalt in allen Fällen ausgeschaltet wird. Von einer Pflicht zur Haftung kann da nicht mehr gesprochen werden, wo die Macht fehlt, den Gefahren vorbeugend entgegenzuwirken. — Es kann sonach der Tierhalter vom Beschädigten hier nicht in Anspruch genommen werden. Aber auch der den Unfall veranlassende Teil, Gutsbesitzer X., haftet nicht für dessen Folgen, denn auch ihm kann weder schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht, noch ein außerkontraktliches fahrlässiges Handeln zur Last gelegt werden. Der Verletzte stand zu X. überhaupt in keinem Vertragsverhältnis, er brauchte seinen Weisungen nicht zu folgen, nur irrtümlich nahm er eine Verpflichtung zur Dienstleistung an. Auch eine außerkontraktliche Haftung nach den Grundsätzen für unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff., 276 BGB.) ist nicht begründet. X, der als Landwirt ein Interesse hatte an der Besichtigung der Tiere, hat in keiner Weise fahrlässig gehandelt: er richtete sein Ersuchen an einen berufsmäßigen Schweinewärter, dessen Ermessen und dessen Erfahrung war es überlassen, ob und wie er die Tiere vorführen wollte. Bei dieser Sachlage kann man nicht behaupten, daß X. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt oder die Sorgfalt eines ordentlichen Landwirts außer acht gelassen und damit fahrlässig gehandelt habe. Eine allgemeine Haftung für jedes außerkontraktliche Verschulden kennt aber das BGB. nicht. Die in Anspruch genommenen Beteiligten haben daher mit Recht jede Ersatzpflicht bestritten, dagegen hat die zuständige Berufsgenossenschaft in richtiger Würdigung der Verhältnisse einen landwirtschaftlichen Betriebsunfall angenommen. Der Verletzte ist nicht einer Gefahr des gewöhnlichen Lebens, sondern tatsächlich, wenn auch außerhalb des regelmäßigen Betriebes und von ihm räumlich und zeitlich getrennt, einer Betriebsgefahr erlegen. Der Besuch von landw. Ausstellungen ist gerade für größere, die Landwirtschaft besonders fördernde Unternehmer zur wirtschaftlichen Notwendigkeit geworden. Dort werden Wissen und Erfahrungen der einzelnen zum Gemeingut aller Interessenten gemacht, und bewährte praktische Einrichtungen muntern im Interesse der Betriebe zur Nachahmung auf. Ebenso wie den Landwirt sein Beruf zum Besuch der Viehmärkte zwingt und die dortigen Verrichtungen allgemein der landwirtschaftlichen Betriebstätigkeit zugerechnet werden, ebenso ist, wenigstens der fortschrittliche Landwirt, genötigt, die speziell zur Hebung seines Berufes veranstalteten Ausstellungen zu besuchen, und seine hierbei beschäftigten Arbeiter bezwecken mit ihren Leistungen nichts anderes, als die „Förderung der Interessen des Betriebsunternehmers", was das Reichsversicherungsamt als Begriffsmerkmal für die Voraussetzung eines Anspruchs auf Grund der Unfallversicherungsgesetze erklärte. Eine landwirtschaftliche Betriebstätigkeit war es also, die den Verletzten in die Einwirkungssphäre des Ebers brachte und bei welcher der Unfall erfolgte. Der Umstand aber, daß der Verletzte zur Zeit des Unfalls nicht seinem Arbeitgeber, sondern einem Fremden Dienste geleistet, ist nach der ständigen Rechtsprechung des bayer. Landesversicherungsamtes vollständig ohne Belang, soweit, wie hier, die Dienste einer Person geleistet wurden, die ebenfalls dem landw. Berufe obliegt.

Dr. Michel, rechtsk. Bürgermeister in Landsberg.

Zahlung auf Grund gefälschter Quittung. Es lag folgender Fall zur Entscheidung: Der Lehrling A. war während seiner zweijährigen Lehrzeit von dem Kaufmann F. zum Einkassieren verwendet worden. Wegen zahlreicher hierbei begangener Veruntreuungen wurde A. am 2. August 1904 entlassen, am 16. September 1904 jedoch wieder im Geschäfte des F. aufgenommen. F. hat nunmehr nicht den A., sondern den Lehrling E. mit der Einkassierung seiner Forderungen betraut. Um neuerliche Unterschleife des A. hintanzuhalten, warnte F. seine Kunden durch einen Stempelaufdruck auf den Rechnungen folgenden Inhalts: „Zahlungen an unsere Vertreter werden nur dann anerkannt, wenn solche gegen unsere eigenhändig unterzeichnete Quittung oder Vollmacht erfolgen." Am 5. Dezember 1904 hat nun A. trotzdem eine Forderung des F. zu 200 Mk. bei dem Kaufmann W. einkassiert, nachdem er eine Quittung in der Weise gefälscht hatte, daß er auf ein von ihm gekauftes Formular mit dem Gummistempel der Firma die Bezeichnung der Firma anbrachte und die Unterschrift mit eigener Hand daruntersetzte. Den einkassierten Betrag hat A. nicht abgeliefert. Die Klage des F. gegen W. auf Zahlung der 200 Mk. wurde abgewiesen.

§ 831 BGB., auf den sich W. zunächst berief, findet hier keine Anwendung, da A. seit 16. September 1904 nicht mehr zum Einkassieren der Forderungen des F. bestellt war, den durch das widerrechtliche Einkassieren dem W. verursachten Schaden sonach nicht in Ausführung einer Verrichtung, zu welcher er bestellt war, zugefügt hat. Jedoch trifft den A. eigenes Verschulden. Hierbei kommt folgendes in Betracht: Auch der Gläubiger ist verpflichtet, nach Treu und Glauben bei Ausübung seines Forderungsrechts zu handeln, auch er hat jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Der Lehrling A. war infolge seiner langen Tätigkeit als Einkassierer im Geschäfte des F. den Kunden, speziell dem W., persönlich als ein Angestellter dieses Geschäftes, welchem das Inkasso übertragen ist, bekannt. Als sich dieses Verhältnis änderte, lag für F. die Besorgnis sehr nahe, daß A., der wegen sehr zahlreicher Unterschlagungen entlassen wurde, noch weitere Forderungsbeträge namens des F. einkassiere; um so mehr mußte F. mit dieser Möglichkeit rechnen, als er den entlassenen Lehrling wieder in sein Geschäft aufnahm und ihn dadurch in die Lage versetzte, zu erfahren, welche Beträge und von wem F. zu fordern habe. F. mußte sich auch sagen, daß seine

Kunden von den Unterschleifen des A. keine Kenntnis haben könnten und ihn weiter als Inkassoberechtigten ansehen würden, wenn er ihnen nicht mitteilen würde, daß A. nicht mehr befugt sei, für ihn Geld in Empfang zu nehmen. Trotzdem unterließ F. eine solche Mitteilung, worauf dann auch W. die weitere Zahlung gegen gefälschte Quittung leistete. Die von F. betätigte Notifikation war ungenügend; denn der also Gewarnte wußte nicht, vor wem er gewarnt werden wollte. Es konnte ein beliebiger Fremder Rechnungen einkassiert haben. Ob eine Quittung eine von F. eigenhändig unterzeichnete oder gefälschte war, ist keineswegs ohne weiteres erkennbar. Die äußere Form der Quittung war wenigstens unverfänglich und es kann einem Geschäftsmanne nicht zugemutet werden, die Schriftzüge jedes seiner Lieferanten im Gedächtnisse zu haben. Während also die Unterlassung einer Mitteilung über das Aufhören der Inkassobefugnis des A. als eine Fahrlässigkeit des F. angesehen werden muß, kann in dem Verhalten des W. ein Verschulden nicht erblickt werden. Und über die Kausalität der Unterlassung für die erfolgte Zahlung kann kein Zweifel bestehen. Wenn aber F. durch seine schuldhafte Unterlassung, also fahrlässig, bewirkt hat, daß W. die geschuldete Zahlung an einen nicht Empfangsberechtigten betätigt hat, der sie nicht an F. ablieferte, so muß er diese Zahlung gegen sich gelten lassen.

Amtsrichter Dr. Stein in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Ist der Kurs eines Wertpapiers eine Eigenschaft einer Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB.? Der Beklagte hatte die Erfüllung eines Vertrags über Lieferung von Kuxen mit der Begründung verweigert, daß ihm deren Kurs bei Abschluß des Vertrags nicht bekannt gewesen sei. Die auf Grund des § 119 Abs. 2 erhobenen Einwendungen wurden für unerheblich erklärt und das Reichsgericht trat dieser Auffassung bei.

Aus den Gründen: Das Oberlandesgericht führt zutreffend aus: Der Beklagte habe bei Abgabe seines mit dem Telegramm vom 27. August 1904 gestellten Verkaufsangebots über den Inhalt dieser Willenserklärung, durch deren Annahme der Kaufvertrag zustande gekommen sei, sich nicht im Irrtum befunden. Der Preis von 1000 Mk. habe seinem wirklichen Willen entsprochen, seine Behauptung, daß er bei dem Angebot in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache gewesen sei, weil er den (am 26. August unstreitig 1300 betragenden) Tageskurs der Kuxe nicht gekannt habe, verkenne, daß der Verkehrswert, Marktpreis, Kurs einer Ware nicht eine Eigenschaft der Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. sei. Die Revision rügt ohne Grund die Verletzung dieses Gesetzes. Es braucht keine Stellung zu der Frage genommen zu werden, ob nicht im § 119 Abs. 2, wonach als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Sache gilt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, unter Sache nur der körperliche Gegenstand zu verstehen ist, während hier bei dem Kaufe der Kuxe das mit dem Papier gekaufte Recht in Betracht kommt. Selbst wenn nämlich der Kux als Träger des Rechts, auch als Sache aufzufassen ist, so handelt es sich hier doch nicht um eine Eigenschaft der Sache. Zwar fallen unter den Begriff der Eigenschaften der Sache nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts (EZS. Bd. 52 S. 2; Bd. 59 S. 243) nicht nur die natürlichen Eigenschaften, sondern auch solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. Diese für die Wertbildung maßgebenden sich unmittelbar auf die Sachen beziehenden Verhältnisse werden regelmäßig ihren Ausdruck im Preise finden. Hierdurch wird aber sowenig der Wert, wie der Preis der Sache eine ihr an und für sich innewohnende Eigenschaft, sondern beides bleibt ein durch Schätzung ermitteltes Verhältnis der Sache zum Gelde. Der Kurs eines Wertpapieres gehört daher nicht zu den Eigenschaften der Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. (Urt. des I. ZS. vom 18. April 1906.)

543 — — n.

II

Voraussetzungen einer Klage nach § 745 Abs. 2 BGB. Die Parteien sind Miteigentümer eines Miethauses. Die Verwaltung hat der Kläger vor einigen Jahren dem Beklagten überlassen. Jetzt ist er mit ihm in Streit geraten und verlangt mit der Klage eine dem Interesse beider Teile nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung. Er beantragt, diese einer von Gericht zu bestimmenden Person zu übertragen. Der Beklagte hat eingewendet, daß das Gesetz nicht ermögliche, den Teilhabern durch Urteil die Verwaltung zu entziehen. Er beanspruche nicht, diese allein zu führen; er sei bereit, sie dem Kläger zu überlassen, habe auch nichts dagegen, daß dieser, wenn er selbst zur Verwaltung nicht imstande sei, einen Dritten zum Verwalter bestelle; er verwahre sich nur dagegen, daß dies auf seine Kosten geschehe. Die Klage wurde von den Vorinstanzen abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Der Berufungsrichter weist die Klage ab, weil sie nicht die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks ändern, sondern den Teilhabern die eigene gemeinschaftliche Verwaltung durch Uebertragung auf einen Dritten entziehen wolle. Dafür biete § 745 Abs. 2 BGB. keine Grundlage. Wolle ein Teilhaber die Gemeinschaft nicht fortsetzen, so bleibe ihm nur die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft gemäß §§ 741, 749. Diese Begründung ist unzutreffend. Nach § 744 Abs. 1 BGB. steht die Verwaltung den Teilhabern gemeinschaftlich zu. Nach § 745 kann die Majorität die Verwaltung und die Benutzung regeln. Wo nur zwei Teilhaber vorhanden, ein Mehrheitsbeschluß also ausgeschlossen, eine Vereinbarung aber nicht zu erzielen ist, kann jeder Teilhaber eine dem Interesse aller entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. Auf die Aufhebung der Gemeinschaft durfte der Berufungsrichter den Kläger deshalb nicht verweisen. Im Ergebnis ist ihm aber darin beizustimmen, daß ein Anlaß zur Klage nach § 745 Abs. 2 nicht gegeben ist. Das gemeinschaftliche Grundstück ist ein Miethaus, über die Art der Benutzung sind die Parteien nicht uneinig. Der gemeinschaftlichen Verwaltung durch Vermieten steht nach dem eigenen Vortrage des Klägers nichts entgegen, als daß der Kläger bei seinem persönlichen Verhältnis zu dem Beklagten nicht gemeinschaftlich mit ihm verwalten, vermieten mag, ihm aber auch die Vermietung nicht allein überlassen mag, die ihm der Beklagte überlassen will. Nach den Erklärungen des Beklagten steht nichts entgegen, daß der Kläger sich bei der gemeinschaftlichen Verwaltung durch eine andere Person vertreten läßt, die er zu bestimmen hat, wenn er der persönlichen Zusammenarbeit mit dem Beklagten aus dem Wege gehen will, nicht einmal dem, daß er bei der ihm

allein überlassenen Verwaltung sich durch einen anderen vertreten läßt. Danach liegt aber auch kein Anlaß vor, eine Verwaltung durch einen Dritten auf gemeinschaftliche Kosten anzuordnen. Traut der Kläger sich nicht, die alleinige Verwaltung selbst zu übernehmen, obwohl der Beklagte sie ihm überlassen will, so hat er auch die Kosten seiner Vertretung zu übernehmen. Der Beklagte verwahrt sich mit Recht gegen eine solche Uebernahme der Kosten. (Urt. des I. ZS. vom 20. Dez. 1905). — — n.

541

III.

Zu § 141 GenG. Unzulässigkeit der Einführung besonderer Abgaben durch Beschlüsse der Generalversammlung. Voraussetzung einer besonderen vertragsmäßigen Verpflichtung eines Genossen gegenüber der Genossenschaft. Aus den Gründen: Die Genossen können zu anderen Geldleistungen als zu Einzahlungen auf den Geschäftsanteil oder den erhöhten Geschäftsanteil, von den Fällen des § 73 Abs. 2 und § 105 GenG. abgesehen, nicht angehalten werden. (Vgl. JW. 1901 S. 83 Nr. 14). Nach § 141 können insbesondere die einzelnen Genossen einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht über ihre Haftsumme hinaus weder auf Leistung von Nachschüssen noch von den Konkursgläubigern in Anspruch genommen werden. Dies wird auch in § 1 Abs. 5 des Statuts der klagenden Genossenschaft noch besonders hervorgehoben. Diese Haftsumme ist durch § 1 Abs. 4 a. a. O. für den einzelnen Geschäftsanteil festgestellt und die Mindestzahl der Geschäftsanteile, welche der einzelne Genosse erwerben muß, ist durch die Zahl der Liter der täglichen Durchschnittslieferung von Milch nach B. bestimmt (§ 1 Abs. 6 a. a. O.). Mit diesen gesetzlich und statutarisch festgestellten Grundsätzen stand es im Widerspruch, daß die Genossenschaft durch Generalversammlungsbeschlüsse eine Abgabe eingeführt hat, welche für jeden nach B. gelieferten Liter Milch von jedem Genossen zu entrichten war. Auf den Zweck, zu welchem diese Abgabe erhoben wurde, kommt es hierbei nicht an. Wenn die Genossenschaft durch die Erhebung dieser Abgabe sich in den Stand setzen wollte, in B. eine Molkerei zu errichten und zu betreiben, in welcher die nicht zum Minimalpreise verpachtete Milch der Genossen zu diesem Preise abgenommen und verwertet werden konnte, so lag dieser Zweck an und für sich im Rahmen ihrer Aufgabe. Zur Erfüllung dieses Gesellschaftszweckes konnte aber die Klägerin über die festgesetzte Haftsumme hinaus ihre Mitglieder nicht heranziehen. Die Annahme, daß es sich nur um Provisionen handle, welche für den den Genossen zugute kommenden Vorteil der Erhaltung eines angemessenen Minimalpreises geleistet würden, und daher auch von den Genossen zu bezahlen seien, welche, wie der Beklagte, ihre Milch nicht an die Molkerei ablieferten, ist verfehlt. Allerdings ist eine Genossenschaft berechtigt, wenn sie in ihrem Geschäftsbetriebe einzelnen Genossen besondere Vorteile bietet, auf Grund besonderen Vertrags eine Vergütung zu verlangen. Um eine solche handelt es sich aber hier nicht, da die Abgabe auch von solchen nach B. liefernden Genossen erhoben werden soll, welche ihre Milch nicht an die Molkerei abliefern. Die Erwägung, daß auch diesen Genossen der Geschäftsbetrieb der Molkerei indirekt zu gute komme, weil er es erst ermöglicht, den Minimalpreis zu halten, schlägt nicht durch. Denn hierin kann ein besonderer Vorteil als Gegenstand besonderer vertraglicher Leistung nicht erblickt werden. Vielmehr kommt die durch den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft und ihrer Molkerei bewirkte Preisbeeinflussung auch solchen Milchlieferanten zugute, welche außerhalb der Genossenschaft stehen. Sie ist eine tatsächliche, keine rechtliche Konsequenz des von der Molkerei entwickelten Geschäftsbetriebes. (Urt. des I. ZS. vom 20. Januar 1906). — — n.

540

B. Straffachen.

I.

Voraussetzungen der Einziehung von Wein im objektiven Verfahren. (§ 18 Abs. 2 des WG. v. 24. Mai 1901, §§ 40, 42 StGB.) In dem Keller eines Wirts war ein Rest überstreckten Weines beschlagnahmt worden. Die Strafkammer hat ohne weitere tatsächliche Feststellungen erklärt, es handle sich um ein Getränke, das unter Verwendung eines nach § 2 Nr. 4 WG. nicht gestatteten Zusatzes — übermäßige Menge von Zuckerlösung — hergestellt und wider das Verbot des § 3 Abs. 2 verkauft und feilgehalten worden sei, und hat, weil eine Verurteilung der Täter nach dem Ergebnisse der Erhebungen nicht ausführbar gewesen sei, nach § 18 Abs. 2 und § 13 Nr. 1 auf Einziehung erkannt. Auf Revision eines Einziehungsbeteiligten wurde das Urteil aufgehoben.

Aus den Gründen: Die Feststellungen des Urteils sind nicht genügend. Der Tatbestand eines Vergehens aus § 13 erfordert Vorsatz, d. h. Kenntnis der sämtlichen tatsächlichen Grundlagen des Tatbestands. Ob diese Voraussetzung gegeben war, läßt das Urteil nicht erkennen. Eine Feststellung darüber wäre geboten gewesen, da die Anwendung des § 18 Abs. 2 ebenso wie die des Abs. 1 voraussetzt, daß der Tatbestand einer strafbaren Handlung vorliegt. Dies gilt hier ebenso, wie es in der Rechtsprechung des Reichsgerichts für § 42 mit § 40 StGB. (Entsch. 16, 268; 29, 130) und für § 15 Abs. 1 und 2 des NMG. (Entsch. 7, 428; 8, 238) anerkannt worden ist. Wie § 15 NMG. ist § 18 WG. den §§ 40, 42 StGB. nachgebildet (vgl. Mot. zu dem für § 18 des WG. grundlegenden § 9 des WG. v. 20. April 1892, S. 14). (Urt. d. I. StS. v. 26. April 1906, 1 D 1309/05.) B.

536

II.

Macht sich der Schuldner, der seine Schuldurkunde betrügerisch vom Gläubiger herauslockt, um ihr Vorhandensein leugnen zu können, des Betrugs und der Urkundenunterdrückung schuldig? (§§ 263, 274 Nr. 1 StGB.) Der Angeklagte war des Betrugs aus § 263 StGB., sachlich zusammentreffend mit einem Vergehen aus § 275 Nr. 1 StGB. schuldig erkannt worden. Das Urteil wurde hinsichtlich der Verurteilung aus § 274 Nr. 1 aufgehoben und der Angeklagte in dieser Richtung freigesprochen. Soweit er wegen Betrugs verurteilt war, erfolgte unter Aufrechterhaltung der hier getroffenen Feststellungen Aufhebung des Strafausspruchs und Zurückverweisung.

Aus den Gründen: Nach der Annahme des Urteils hatte der Angeklagte, als er durch Täuschung des S. sich in den Besitz des Schuldscheins gesetzt hat, „von vorneherein im Sinne, diesen nicht mehr zurückzugeben“, d. h. über ihn zu verfügen, wie wenn er sein Eigentümer wäre. Hiernach hatte er es nicht auf den bloßen Besitz der Urkunde abgesehen, vielmehr hatte er von Anfang an den Aneignungswillen, den er durch den betrügerischen Besitzerwerb betätigt hat, und nur ein weiterer Ausfluß dieses Willens war es, daß er durch Zurückbehalten des Schuldscheines und Verweigerung der Rückgabe ihn unterdrückt hat. Alles was er später mit der Urkunde vornahm, war nur weitere Ausgestaltung seines Angriffs auf fremdes Vermögen. Weil dieser Angriff dem äußeren Erfolge nach zu einer Aufhebung des fremden Rechtes bereits geführt hat, darf er keiner neuen strafrechtlichen Beurteilung unterzogen werden (vgl. RGE. 15, 426; 35, 64; Rechtspr. 10, 498). Da nicht ausgeschlossen ist, daß die Verurteilung wegen zweier Vergehen die Strafbemessung hinsichtlich jedes einzelnen zu Ungunsten des Angeklagten beeinflußt hat, ergab sich auch hinsichtlich des Betrugs die Notwendigkeit der Aufhebung der Entscheidung im Strafausspruche. (Urt. d. I. StS. v. 11. April 1906, 1 D 1150/05.) B.

507

III.

Kann derjenige, welcher teilweise verdorbene Obstmengen an einen anderen unter der Bedingung verkauft, daß die verdorbenen Stücke vor dem Weiterverkaufe ausgesucht werden müssen, bei Gesundheitsschädlichkeit der verdorbenen Stücke aus § 14 des NMG. bestraft werden? Der Angeklagte, ein Obstgroßhändler, hatte bemerkt, daß die zum Verkaufe bestimmten Kirschen durch Hitze gelitten hatten und teilweise verdorben waren. Er verkaufte sie an Kleinhändler unter dem gewöhnlichen Preise und machte darauf aufmerksam, daß sie vor dem Weiterverkaufe ausgesucht werden müßten. Der Genuß der verdorbenen Kirschen war geeignet, die Gesundheit zu schädigen.

Aus den Gründen: Es ist angenommen, daß der Angeklagte nicht das Bewußtsein von der gesundheitsschädlichen Beschaffenheit der Kirschen hatte. Allein die Strafkammer findet eine Nachlässigkeit darin, daß er die Kirschen, die ihm bedenklich erschienen waren, nicht genau untersucht habe. Dann würde er gefunden haben, daß sie erheblich verdorben waren und hätte sie dann entweder nicht oder nur zum Zwecke des Kochens oder Einmachens verkaufen dürfen, oder die faulen Kirschen vorher entfernen müssen. Er habe sich sagen müssen, daß bei Außerachtlassen dieser Sorgfalt und bei der heißen Witterung leicht Gesundheitsgefährdungen eintreten konnten. Diese Ausführungen rechtfertigen die Verurteilung aus § 14 NMG. nicht. Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob ein Großhändler verpflichtet ist, die Ware vor dem Verkaufe so genau zu untersuchen, daß er über den Zustand vollständig unterrichtet ist und ob dies auch bei leicht verderbenden und daher schnell abzufertigenden Waren anzunehmen ist. Denn nach den Feststellungen des Urteils hat er sich überzeugt, daß die Kirschen etwas verdorben waren. Er hat aber den Käufern ausdrücklich gesagt, daß die Kirschen vor dem Weiterverkaufe ausgesucht werden müßten. Darunter konnte nur verstanden werden, daß die verdorbenen nicht verkauft werden sollten. Hiernach hat er die verdorbenen Kirschen nicht als Genußmittel verkauft, sondern zur Vernichtung übergeben. Der erste Richter hat die Fahrlässigkeit auch darin gefunden, daß der Angeklagte das Aussuchen nicht selbst vorgenommen hat. Dies würde ihm aber nur zur Schuld anzurechnen sein, wenn er nach den Umständen des Falles hätte voraussehen können, daß die Mitangeklagte K. (an welche er die Kirschen verkauft hat) die Kirschen nicht aussuchen, sondern auch die verdorbenen verkaufen werde. In dieser Hinsicht fehlt es an jeder Erörterung. (Urt. d. I. St. vom 23. April 1906, 1 D 101/06.) B.

513

IV.

Unterbrechung der Verjährung. Gegen die Angeklagten Hebamme H. und praktischen Arzt D. wurde die öffentliche Klage je wegen fahrlässiger Tötung und wegen mehrerer — jeweils nicht gleichartiger — Uebertretungen durch Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung erhoben. Dem Antrage wurde stattgegeben. Nach dem Schlusse der Voruntersuchung reichte der Staatsanwalt Anklageschrift im Sinne der erhobenen Klage ein. Der Vorsitzende verfügte die Mitteilung der Anklageschriften an die Angeklagten am 31. März 1905. Es wurde sodann die Ergänzung der Voruntersuchung in der Richtung gegen D. wegen mehrerer, ihm allein zur Last gelegten Uebertretungen angeordnet. Am 18. August 1905 wurde die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die zwei Angeklagten im Sinne der Anklageschrift beschlossen. Die Strafverfolgung der der Angeklagten H. zur Last gelegten Uebertretungen ist durch die Verjährung ausgeschlossen. Die zwischen dem 31. März und 18. August 1905 liegende Ergänzung der Voruntersuchung richtete sich nur gegen D. und zwar wegen anderer Uebertretungen. Aus dem Umstande, daß in den Ausfertigungen der Verfügungen und in den Ueberschriften der Protokolle während der Ergänzung der Voruntersuchung bei Angabe des sogenannten Rubrums auch der Name der H. erwähnt worden ist, kann nicht geschlossen werden, daß die bezüglichen richterlichen Handlungen auch gegen diese Angeklagte wegen der ihr zur Last gelegten Uebertretungen gerichtet waren. Die Entscheidung in Bd. 36 S. 250 steht nicht entgegen, da es sich dort um Mittäterschaft der beiden Angeklagten handelte, hier aber nur ein äußerer Zusammenhang der zwei Anklagen vorliegt. (Urt. vom 1. Mai 1906, 5 D 10/06.) ——f——

525

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Erbengemeinschaft. Befugnis einzelner Miterben zur Kündigung und Einziehung einer Nachlaßforderung zu dem ihrem Anteil am Nachlaß entsprechenden Teilbetrag vor der Auseinandersetzung? §§ 2032, 2033, 2039, 2040 BGB. Die Witwe K. H. in M. wurde von ihrem Sohne Rudolf H. und von ihrem Enkel K. H. zu je ⅓, von vier weiteren Enkeln St. zu je $^1/_{12}$ beerbt. Den Hauptbestandteil des Nachlasses bildete eine Uebergabspreisforderung gegen den Sohn Rudolf, für die eine Hypothek auf seinem Anwesen in M. bestellt war. Im Nachlaßverfahren bestritt Rudolf H., daß seine Schuld noch in der ursprünglichen Höhe bestehe. Die Erben erklärten, daß sie sich außergerichtlich auseinandersetzen würden. Die Miterben St. kündigten dem Rudolf H. „ihren Anteil an der Hypothek" und klagten später gegen ihn auf Zahlung der ihren Erbteilen entsprechenden Beträge. Das Landgericht gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab, soweit nicht der Beklagte der Mitklägerin A. St. gegenüber einen Teilbetrag der von ihr geltend gemachten Forderung ausdrücklich anerkannt hatte. Die Revision der Kläger wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Hypothekforderung der Erblasserin wurde, auch wenn sie nach der erst in der Revisionsinstanz aufgestellten Behauptung der Kläger das einzige Vermögensstück des Nachlasses gewesen sein sollte, mit dem Erbfall nach § 2032 BGB. gemeinschaftliches Vermögen der Erben in der Weise, daß nach § 2033 Abs. 2 keinem von ihnen eine Verfügung über seinen Anteil zustand und nach § 2040 die Erben über sie nur gemeinschaftlich verfügen konnten. Sollte sie unter die Erben verteilt werden, so mußte jedem von ihnen die auf seinen Anteil treffende Teilforderung übertragen werden, und dazu war, da es sich um eine Hypothekforderung handelt, zu der Zeit, zu der das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen war, nach Art. 189 Abs. 1 EG. z. BGB. in Verbindung mit Art. 177 AG. z. BGB. und Art. 132 des NotG. vom 9. Juni 1899 die im Art. 14 des NotG. von 1861 in Verbindung mit dem § 60 des Landtagsabschieds vom 29. April 1869 vorgeschriebene notarielle Beurkundung der Uebertragungserklärungen erforderlich. Eine der Formvorschrift nicht entsprechende Uebertragung war in Ansehung der Hypothek und der Forderung unwirksam. Eine Uebertragung der Forderung ohne die Hypothek mit der Wirkung, daß diese gegenstandslos wurde und erlosch, stand nicht in Frage, die Hypothek sollte mit den Teilforderungen verbunden bleiben und die Miterben haben demgemäß in der Erklärung vom 8. April 1904 ihren Anteil „an der Hypothek", d. h. an der Hypothekforderung, gekündigt. Zu der Kündigung in Ansehung eines Dritteils des Betrags der Hypothekforderung und zur Einziehung dieses Teilbetrags waren die Kläger nur berechtigt, wenn die Hypothekforderung geteilt worden war, sie mußten deshalb

zur Begründung ihres Anspruchs behaupten, daß eine der gesetzlichen Vorschrift entsprechende Teilung stattgefunden habe. Diese Behauptung haben sie nicht aufgestellt. Der Mangel eines für die Begründung des Anspruchs wesentlichen Umstandes mußte, auch ohne daß er vom Beklagten gerügt wurde, zu der vom Beklagten beantragten Abweisung der Klage führen. Denn in der rechtlichen Beurteilung der vorgetragenen Tatsachen ist das Gericht nicht auf die Gesichtspunkte beschränkt, von denen die Parteien bei ihren Rechtsausführungen ausgegangen sind. Zur Anwendung eines von den Parteien außer acht gelassenen Rechtssatzes bedarf es auch nicht eines Hinweises auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt. Ebensowenig lag nach § 139 ZPO. dem Vorsitzenden die Pflicht ob, darauf hinzuwirken, daß der Anwalt der Kläger an Stelle seines unbegründeten Antrags einen neuen, wesentlich verschiedenen Antrag stellte, dem überdies der Mangel einer wirksamen Kündigung entgegenstand. (Urt. vom 16. März 1906, I. S. Reg. I Nr. 21/06.)

Bemerkung des Einsenders: Die Entscheidung steht anscheinend — aber auch nur dem Anscheine nach — in Widerspruch mit dem Urteil des II. Senats vom 17. Mai 1905 (Samml. v. Entsch. i. ZS. Bd. VI S. 326 ff.). Zu beachten ist nämlich, daß in dem Streitfalle, der zur Entscheidung vom 16. März 1906 führte, nur einzelne der Miterben „ihren Anteil" an der Nachlaßforderung dem miterbenden Schuldner gekündigt hatten, in der Streitsache aber, die den Gegenstand der Entscheidung vom 17. Mai 1905 bildete, die Kündigung, wie die Kläger behaupteten und noch beweisen sollten, von seiten der sämtlichen übrigen Miterben erfolgt war, ferner, daß in dem neuerlich entschiedenen Falle der Klageantrag auf Verurteilung des Schuldners und Miterben zur Zahlung eines bestimmten Teilbetrags der Forderung gerichtet war, in dem früher entschiedenen Streitfalle dagegen auf Hinterlegung des geschuldeten Betrags. Diese wesentliche Verschiedenheit im Tatbestande der beiden Streitsachen rechtfertigte ihre verschiedene rechtliche Beurteilung.

533 K.

II.

Zu § 181 BGB. Kann der Bevollmächtigte die Eintragung einer Hypothek für eine eigene Schuld an Grundstücken des Vollmachtgebers beantragen? In der Urkunde eines Notariats zu München vom 26. April 1906 hat Baumeister J. B. erklärt, dem Holzhändler G. 723 Mk. zu schulden. Zugleich bestellte er auf Grund einer ihm von V. erteilten Generalvollmacht, die ihn insbesondere auch zur Bewilligung von Eintragungen in das Grundbuch ermächtigte, für seine Schuld Hypothek an mehreren Grundstücken des V. in der Steuergem. Pl. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, weil der Bevollmächtigte nach § 181 BGB. nicht befugt sei, für seine Schuld Grundstücke des Vollmachtgebers mit Hypotheken zu belasten. Die Beschwerde wurde verworfen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: § 181 BGB. schränkt nicht die Vertretungsmacht dahin ein, daß der Vertreter nicht zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts befugt ist, bei dem sein Interesse zu dem des Vertretenen in einem erheblichen Gegensatze steht, sondern schließt nur aus, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornimmt, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Ebenso verstand § 24 des Entw. I der GBO. unter einer Eintragungsbewilligung, die der Vertreter des Berechtigten zu seinen eigenen Gunsten erteilt hat, nicht die Bewilligung einer Eintragung, die mittelbar dem Vertreter zu gute kommt, sondern nur die Bewilligung zu einer Eintragung, die die Rechtslage des Vertreters unmittelbar betrifft, insbesondere den Erwerb eines Rechtes durch ihn usw.

Die Hypothekbestellung des Beschwerdeführers ist nach § 873 BGB. ein Rechtsgeschäft zwischen dem Beschwerdeführer als Vertreter des Eigentümers V. und dem Gläubiger G. Im eigenen Namen ist der Beschwerdeführer nicht beteiligt. Dadurch unterscheidet sich dieser Fall von der den Gegenstand der RGE. vom 7. Juni 1902 (Bd. 54 S. 422) bildenden Schuldübernahme, bei der der Schuldner nicht nur als Vertreter des Uebernehmers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt, sondern auch im eigenen Namen mit sich selbst als Vertreter des Uebernehmers die Uebernahme der Schuld vereinbart hatte.

Die Belastung der Grundstücke des V. mit einer Hypothek für die Schuld des J. B. fordert im redlichen Verkehr allerdings eine Vereinbarung zwischen diesen Personen über das hierdurch unter ihnen begründete Rechtsverhältnis. Aber es fehlt jeder Anhalt dafür, daß J. B. dieses durch einen Vertrag zu ordnen unternommen hat, den er mit sich im eigenen Namen geschlossen hat. Den Vertretenen gegen einen Mißbrauch der Vollmacht bei einem Rechtsgeschäfte zu schützen ist § 181 BGB nicht bestimmt. (Beschl. des I. ZS. vom 9. Juni 1906.) —f——

559

B. Strafsachen.

Begriff der Konditorei. Nach § 105b Abs. 2 GewO. dürfen im Handelsgewerbe Gehilfen usw. an Sonn- und Festtagen nicht länger als 5 Stunden beschäftigt werden. Soweit eine Beschäftigung von Gehilfen usw. an diesen Tagen im Handelsgewerbe untersagt ist, darf nach § 41a Abs. 1 GewO. in offenen Verkaufsstellen auch ein Gewerbebetrieb nicht stattfinden. Der § 105e Abs. 1 a. a. O. räumt jedoch der höheren Verwaltungsbehörde das Recht ein, für die sog. Bedürfnisgewerbe, zu denen u. a. auch Konditoreien gehören, Ausnahmen von den Bestimmungen des § 105b Abs. 2 zuzulassen. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hat der Angeklagte in einem Hause an der A.-Straße in M. eine Backstube und stellt in dieser Konditorwaren her, kauft solche noch von Fabrikanten dazu und hält seine Waren auch an Sonn- und Feiertagen während der zugelassenen Ausnahmestunden in zwei Läden feil, von denen der eine in dem Hause an der A.-Straße, der andere in einem Hause an der B.-Straße sich befindet. Während nun die Anklage davon ausgeht, daß einem Konditor nur gestattet ist, an Sonn- und Festtagen während der zugelassenen Ausnahmestunden Konditorwaren in einem solchen Laden zu verkaufen, der in räumlicher Verbindung mit der Backstube steht, vertreten die Vorinstanzen die Auffassung, daß einem Konditor nicht verwehrt ist, dies auch in einem von der Backstube getrennten Laden zu tun. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche umfaßt der Begriff „Konditorei" einerseits die handwerksmäßige Herstellung der Konditorwaren und andererseits den kaufmännischen Absatz an die Kunden in einem Laden (Regers Entsch. Bd. 16 S. 21; ObLG. vom 23. Januar 1906 Rev. Reg. 407/05). Als Inhaber eines Konditoreigewerbes darf der Angeklagte an Sonn- und Festtagen während der Ausnahmestunden Konditoreiwaren in einer offenen Verkaufsstelle feilhalten. Wenn in der die Ausnahmebestimmungen enthaltenden Regierungsbekanntmachung der Zusatz „jedoch nur in Konditoreien" aufgenommen ist, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß Konditorwaren zur Ausnahmezeit nicht schlechtweg in offenen Verkaufsstellen freigehalten werden dürfen, also namentlich nicht von bloßen Händlern mit Konditorwaren, demnach nicht von Kaufleuten allein und unabhängig von der handwerksmäßigen Herstellung der Konditorwaren, sondern nur von den Konditoren selbst, in ihrer Eigenschaft als Inhaber eines Konditoreigewerbes und eines zu dem Absatze ihrer Waren be-

stimmten Ladens. Der Laden, worin der Konditor seine eigenen Konditorwaren an die Bevölkerung absetzt, stellt sich ebenso wie die Backstube, worin er sie erzeugt, als Konditorei im Sinne der Regierungsbekanntmachung dar. Wo die Verkaufsstelle oder der Laden sich zu befinden hat, darüber enthält die Bekanntmachung keine Bestimmung. Dem Bedürfnis der Bevölkerung, in deren Interesse allein die Ausnahmebestimmungen getroffen wurden, wird nicht dadurch Rechnung getragen, daß der Konditor seine Waren gerade in einem mit seiner Backstube in räumlicher Verbindung stehenden Laden feilhält, sondern dadurch, daß ihr überhaupt die Möglichkeit geboten ist, solche Waren auch an Sonn- und Festtagen während der festgesetzten Zeit sich zu beschaffen. Hätte die Regierungsbekanntmachung eine Einschränkung der Bestimmungen im Sinne der Anklage beabsichtigt, so hätte der Zusatz lauten müssen: „jedoch nur in einer mit der Backstube und der Konditorei in räumlicher Verbindung stehenden Verkaufsstelle". Auch die Beschränkung eines Konditors auf einen einzigen Laden entspräche weder dem Wortlaute der Regierungsbekanntmachung noch den Bedürfnissen der Bevölkerung. (Urt. v. 1. Juni 1906, Rev.-Reg. Nr. 233/06.)

547 Dr. Sch.

Oberlandesgericht München.

Zu § 940 ZPO. A. hat als Besitzer eines Anwesens am 1. Juli 1904 die Jagd bis 31. Dezember 1909 an B. verpachtet, aber im Jahre 1905 das Anwesen an C. verkauft. C. will die Jagd selbst ausüben und hat gegen den das Jagdrecht für sich beanspruchenden B. Klage erhoben mit dem Antrag auf Verurteilung des B. zur Unterlassung der Jagdausübung. Der Antrag des C., durch einstweilige Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreites dem B. die Ausübung der Jagd zu untersagen, wurde zurückgewiesen und ebenso die Beschwerde.

Gründe: Die Ausübung der Jagd durch den Beklagten bis 1. März 1906 bringt dem Kläger keinen wesentlichen Nachteil und zwar um so weniger, als er nach dem Briefwechsel die Entschädigung des Beklagten übernommen zu haben scheint; er kann sich demnach schadlos halten, da sich die Entschädigung nach dem Zeitraume richtet, für den das von A. vertragsmäßig eingeräumte Jagdpachtrecht allenfalls entfällt, und auch eine übermäßige Ausnutzung des Jagrechts hierbei in Berücksichtigung gezogen werden kann. Drohende Gewalt wird am besten dadurch verhindert, daß der Kläger unter Achtung des gegenwärtigen Zustandes es dem Beklagten überläßt, den Bezirk waidmännisch zu begehen. Es ist verfehlt, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, daß er als Eigentümer zunächst zu schützen ist; vielmehr ist derjenige zunächst zu schützen, der den bestehenden Zustand für sich hat. Es ist daher gleichgültig, ob der Streit bis zum Beginne der neuen Jagdzeit rechtskräftig entschieden sein kann. Uebrigens ist dies, da nur eine Rechtsfrage in Betracht kommt, wohl möglich; insbesondere kann bei einigermaßen tatkräftigem Prozeßbetriebe ein vorläufig vollstreckbares Urteil — das Recht des Klägers vorausgesetzt — bis dahin erlangt sein. Sollte dies wegen Prozeßverschleppung durch den Beklagten nicht möglich sein, so steht dem Kläger das Recht auf Stellung eines neuen Antrags zu. (Beschl. vom 10. Februar 1906.)

499 W.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Befriedigung des Klägers nach der Einreichung der Klageschrift bei Gericht aber vor der Zustellung an den Beklagten. Anwendung des § 99 Abs. 3 ZPO. Die auf Bezahlung eines Warenkaufpreises samt Zinsen gerichtete Klage wurde am 29. September 1904 nachm. zugestellt; am gleichen Tage, vorm. 11 Uhr, war der geschuldete Betrag von der Frau des Beklagten dem Kläger an dessen Wohnsitz eingehändigt worden. Der Beklagte bestellte einen Anwalt, eine im August 1905 zugestellte Klagebeantwortung kündigte Antrag auf Abweisung der Klage an, weil der Kläger vor Zustellung befriedigt worden sei. Im Februar 1906 wurde mündlich verhandelt; durch das Zeugnis der Ehefrau des Beklagten und die Postübergabsurkunde wurde das angegebene zeitliche Verhältnis von Zahlung und Klagezustellung festgestellt, die Anträge lauteten wechselseitig auf Verurteilung des Gegners in die Prozeßkosten; der Kläger machte den Kostenerstattungsanspruch eventuell als Schadensersatzforderung geltend, wogegen sich der Beklagte als eine unzulässige Klageänderung verwahrte. Das Landgericht überbürdete die Kosten dem Kläger. Die sofortige Beschwerde begehrt Verurteilung des Beklagten zu den Kosten, da die Zahlung erst nach Einreichung der Klageschrift erfolgt sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Die Beschwerde ist als Anfechtung einer Kostenentscheidung statthaft. Der Prozeß ist, da die Klägerin trotz der Befriedigung die Zustellung der Klage nicht verhindert hat (Gaupp-Stein zu § 91 ZPO, Skonietzki-Gelpke I S. 228, RGE. III 20. Febr. 1903 Bd. 54 S. 37) hinsichtlich der Hauptsache rechtshängig geworden. Da also ein Prozeß über die Hauptsache und den Kostenpunkt vorlag und es zu einer Entscheidung über erstere nur deshalb nicht gekommen ist, weil sie in der Verhandlung nicht mehr begehrt wurde, so ist der Fall des § 99 Abs. 3 ZPO. gegeben. Die Beschwerde ist aber unbegründet. In den Fällen, in denen es wegen Befriedigung des Klägers zum Urteil in der Hauptsache nicht kommt, entscheidet sich die Frage, ob ein Anspruch begründet ist, nur nach dem Zeitpunkte der Erhebung, d. i. der Zustellung der Klage. War zur Zeit der Klageerhebung wegen der noch vorher erfolgten Befriedigung ein Anspruch des Klägers nicht vorhanden, so ist die Klage unbegründet und es treffen die Kosten den Kläger als unterliegenden Teil. Auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage kommt es nicht an: Die vor der Zustellung entstandenen Kosten sind zu behandeln wie diejenigen, die entstanden sind, wenn es wegen der Befriedigung nicht zur Einreichung der etwa schon gefertigten Klageschrift kommt. Ob der Beklagte durch sein Verhalten zur Klageerhebung Anlaß gegeben hat, ist belanglos. § 93 ZPO. darf als Ausnahme auf den die Klageerhebung verschuldenden Beklagten nicht analog angewendet werden. War es der Klägerin wegen der späteren Befriedigung nicht mehr möglich, die Zustellung aufzuhalten, so blieb es ihr unbenommen, aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes die Schadloshaltung wegen der bis zur Zustellung der Klage entstandenen und durch die Zustellung selbst verursachten Kosten zu begehren. Es hätte das aber (RGE. Bd. 54 S. 37, Skonietzki-Gelpke a. a. O., OLG. Hamburg in Buschs Z. Bd. 30 S. 131, OLG. Karlsruhe im Recht Bd. 7 S. 130, Salinger in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 181 bzw. S. 90) in einem neuen Rechtsstreite geschehen müssen oder es hätte der Klagezustellung die Zustellung eines den Erfordernissen einer neuen Klage (§ 253 ZPO.) entsprechenden Schriftsatzes folgen sollen, in dem der Klageanspruch auf den Ersatz jener Kosten beschränkt und als selbständiger auf den Verzug oder ein sonstiges Verschulden des Beklagten sich gründender Schadensersatzanspruch geltend gemacht wäre. Wollte man den vom Kläger bei der Verhandlung eventuell gestellten Antrag als zulässigen Uebergang zur Schadensersatzklage ansehen, so könnte das der Beschwerde weder ganz noch teilweise (hinsichtlich der bis zur Klagezustellung einschließlich erwachsenen Kosten) zum Erfolge verhelfen. Der Kläger hat zwar, was vom Landgericht ohne Grund vermutet wird, bereits einen Schaden erlitten, da er durch die Inanspruch-

nahme der Mühewaltung des die Klage fertigenden Anwalts und des zustellenden Gerichtsvollziehers Schuldner dieser Personen geworden ist. Da diese Kosten aber, sobald sie aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes eingeklagt werden, nicht Prozeßkosten im technischen Sinne, sondern selbst Hauptsache sind und da die über die Frage der Ersatzpflicht ergehende Entscheidung also zur Hauptsache ergeht, so wäre der Fall von § 99 Abs. 3 ZPO. nicht gegeben und es müßte, da als zulässiges Rechtsmittel dann nur die Berufung anzusehen wäre, die sofortige Beschwerde als unstatthaft verworfen werden. Ebenso wäre es, wenn der Beschwerdeführer das Urteil sowohl als Prozeßkostenentscheidung als auch als Entscheidung im Schadensprozeß gewürdigt wissen will; auch dann wäre nur die Berufung zulässig, der gegenüber die Beschwerde des § 99 Abs. 3 ZPO. eine der Ausdehnung unfähige Ausnahme ist. (Beschl. des I. S. v. 9. Mai 1906.)

545 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Die bayerischen oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Motorfahrzeugen sind ein Schutzgesetz. Haftpflicht des Automobilführers nur bei einem Verschulden. Aufsicht des mitfahrenden Automobilbesitzers auf den Chauffeur. (§§ 823, 831 BGB.) Die Pferde des Klägers scheuten vor dem Automobile des Beklagten und gingen durch; eines stürzte und verletzte sich tödlich. Im Prozesse war streitig, ob dem Automobilbesitzer oder seinem Chauffeur ein Verschulden am Unfalle zur Last gelegt werden könnte. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Klage stützt sich auf ein Verschulden des Beklagten nach § 823 Abs. 1 und 2 BGB; da jedoch als Ursache der Beschädigung eine Zuwiderhandlung gegen ein Schutzgesetz geltend gemacht wird, so ist auf § 823 Abs. 2 das Hauptgewicht zu legen. Schutzgesetze sind nicht bloß eigentliche Gesetze, sondern Rechtsnormen jeder Art. (Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl., § 823 Ziff. III 2 a.) Das hier fragliche Schutzgesetz sind die oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen vom 7. Mai 1902 (GVBl. S. 173 ff.). Da sie dem Schutze jedes Einzelnen dienen, liegt unzweifelhaft ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 vor (Das Recht 1903 S. 605; JW., 1905 S. 142 ff.; Staudinger a. a. O. Ziff. III a, c α). Hier schlägt § 8 dieser Vorschriften ein: Darnach hat der Motorführer entgegenkommenden Menschen, insbesondere die Führer von Fuhrwerken, durch deutlich hörbares Signal auf das Nahen des Fahrzeugs aufmerksam zu machen. Er hat ferner langsam zu fahren und, wenn erforderlich, zu halten. Das Signalgeben ist sofort einzustellen, wenn Pferde oder andere Tiere dadurch unruhig oder scheu werden. Merkt der Führer, daß ein Pferd oder ein anderes Tier vor dem Motorfahrzeug scheut, so hat er langsam zu fahren und erforderlichen Falles anzuhalten und den Motor außer Tätigkeit zu setzen. Diese Vorschriften wurden auch vom Chauffeur des Beklagten beobachtet. Auf der ganzen von L. nach K. bergabwärts führenden Straße wurden wegen zu großer Enge der Straße nie mehr wie 10 km in der Stunde gefahren, obwohl die Fahrgeschwindigkeit nach § 7 der oberp. Vorschriften nur innerhalb der Ortschaften 12 km nicht überschreiten darf, also außerhalb eine größere sein kann. Als der Chauffeur in einer Entfernung von 100—120 m das klägerische Fuhrwerk entgegenkommen sah, gab er mit der Huppe ein Zeichen und stellte den Gashahn ganz ab, sodaß das Automobil nur Kraft seiner eigenen Schwere sich langsam auf das Fuhrwerk des Klägers zu fortbewegte. Der Chauffeur hatte dabei die Pferde fortgesetzt im Auge, um sofort die entsprechenden Maßregeln zu treffen, falls die Pferde unruhig würden. Während das Fuhrwerk und das Automobil sich näherten, bremste der Chauffeur auch, wodurch sich das Tempo noch mehr verlangsamte. Da der Gashahn abgestellt war, pustete das Automobil auch nicht. Als beide Fahrzeuge sich auf etwa 25—30 m genähert hatten, drehten sich plötzlich die Pferde nach links herum und liefen auf das Dorf zu. Als die Pferde sich umwendeten, zog der Chauffeur, da er vorher an ihnen keine Unruhe bemerkt hatte, die Bremse fest an und brachte das Automobil in einer Entfernung von 20 m vor dem klägerischen Fuhrwerk zum Stehen. Der Führer des Automobils hat demnach die oberp. Vorschr. eingehalten und die erforderliche Sorgfalt nicht außer acht gelassen. Der Unfall ist nur dadurch entstanden, daß die Pferde durch den Anblick des Automobils scheu wurden. Darin liegt kein Verschulden des Automobilführers; es wurde durch ihn zwar der Unfall verursacht, aber nicht verschuldet. Es besteht daher keine Haftpflicht für den Schaden. In II. Instanz sucht der Kläger ein Verschulden des Beklagten selbst dadurch zu begründen, daß er behauptet, der Beklagte habe schon auf mehr als 100 m Entfernung das Fuhrwerk und das Unruhigwerden der Pferde wahrgenommen; da er aber seinem Chauffeur nicht anzuhalten befohlen, habe er gegen die oberp. Vorschr. verstoßen. Die Frage, ob der Beklagte als mitfahrender Geschäftsherr verpflichtet war, den Lenker des Automobils zu beaufsichtigen und ihm entsprechende Befehle zu erteilen, und ob er durch eine Unterlassung ersatzpflichtig wurde, ist an sich zu bejahen (RG. im JW. 1905 S. 287); aber es steht fest, daß dem Beklagten kein Verschulden zu Last fällt. (Folgt tatsächliche Ausführung.) Aber auch wenn es wahr wäre, daß der Beklagte in der bezeichneten Entfernung das Unruhigwerden der Pferde bemerkt und trotzdem das Anhalten des Automobils nicht angeordnet hätte, so würde dies doch kein Verschulden begründen; denn nach § 8 Abs. 4 der oberp. Vorschr. braucht der Führer, wenn er merkt, daß ein Pferd vor seinem Fahrzeug scheut, zunächst nur langsam zu fahren; bloß „erforderlichen Falles" soll er anhalten. Inwiefern ein solcher Fall hier, namentlich bei der großen Entfernung, vorgelegen sei, gibt der Kläger nicht an: er selbst war damals offenbar der Ansicht, daß die beiden Fahrzeuge aneinander vorüberfahren könnten; sonst wäre er nicht nach rechts ausgewichen und dem Automobil weiter entgegengefahren. (Urteil vom 28. April 1906 Ber.R. 96/05.)

537 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Landgericht München I.

I.

Kumulative, privative Schuldübernahme; Vergleich; Schriftform (§§ 414, 766, 779 BGB.). Im Sommer 1903 entlehnte die Bäckermeistersfrau D. von dem Dienstmädchen M. 200 Mk., angeblich zur Begleichung von Geschäftsschulden gegen das mündliche Versprechen baldiger Rückzahlung. Als die D. im Dez. 1904 starb, waren noch 100 Mk. rückständig. Auf Anfordern der M. und Klagedrohung erklärte der Witwer D., auf dessen Namen allein das Geschäft geführt worden war, zunächst, er wisse von dem Darlehen nichts, da die im Laden mittätige Ehefrau zahlreiche Schulden hinter seinem Rücken zugunsten ihrer Verwandten gemacht habe; schließlich aber sagte er zu der M.: „Passen Sie auf, die Sache machen wir ganz anders, kommen Sie in acht Tagen wieder, dann kriegen Sie Ihr Geld, dann brauchen Sie keine weiteren Schritte tun, dann haben Sie keine Arbeit und ich auch nicht." Die M. erklärte sich damit einverstanden. Als sie jedoch nach einer Woche wieder kam, hatte D. die Erbschaft ausgeschlagen und verweigerte die Zahlung. Beim Nach-

laßgericht hatte er angegeben, daß er im Jahre 1895 ohne Ehevertrag geheiratet habe und kinderlos sei; die Ehefrau habe nur einiges Mobiliar auf Abzahlung eingebracht; Errungenschaft sei nicht vorhanden. Die anderen Erben waren vermögenslos und kümmerten sich nicht um den Nachlaß. Auf Klage nahm das Amtsgericht die Wirksamkeit des Zahlungsversprechens des Witwers an und das Berufungsgericht billigte diese Ansicht.

Aus den Gründen: Eine Bürgschaft liegt nicht vor, weil der Beklagte nicht versprochen hat, erst zu zahlen, wenn die eigentlichen Schuldner, die Erben, nicht zahlen würden, sondern Zahlung schlechthin an Stelle der Erben und ohne deren Vorausklagung oder doch Mahnung zugesichert hat. Er konnte also dabei nicht etwa heimlich hoffen, nicht mit der Zahlung aufkommen zu müssen. Gerade um voreilige Bürgschaften auf Grund solcher Hoffnungen hintanzuhalten, ist die Schriftform vom BGB. eingeführt worden. Es bedarf keiner Erörterung, ob diese Form auch für kumulative Schuldübernahmen schlechthin gilt (vgl. BayZfR. 1906 S. 46); denn für bloß wirtschaftlich der Bürgschaft ähnliche Geschäfte gilt sie ohne ausdrückliche Norm nicht, z. B. nicht für das ebenso gefährliche Kreditmandat (RGE. 50, 161) und vollends nicht für die hier anzunehmende privative Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner. Die Formfreiheit entspricht hier um so mehr dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, als auch eine Abtretung des Anspruchs gegen die Erben im Wege des Forderungsverkaufs an den Witwer formlos zulässig gewesen wäre und in der Abmachung sogar unschwer die Elemente des ebenfalls formfreien Vergleichs erblickt werden können. Denn die M. drohte mit Klage und behauptete, das Geld sei in das Geschäft verwendet worden; D. bestritt dies, versprach aber zur Abschneidung des ihm unangenehmen Prozesses Zahlung und erbat sich hierfür eine Zahlungsfrist, die ihm gewährt wurde.[1] (Urt. v. 25. April 1906; BerReg. F 230/05). N.

479

II.

Zu §§ 1836, 1863, 1893 BGB. Ein Vormund, der nach dem Tode des Mündels Geschäfte vornimmt, welche, wenn der Mündel noch am Leben wäre, zu den vormundschaftlichen gehörten, ohne daß jedoch mit deren Aufschub Gefahr verbunden gewesen wäre und die Erben verhindert gewesen wären, sie selbst vorzunehmen, kann dafür nicht mehr ein Honorar nach § 1836 BGB., sondern nur Vergütung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung beanspruchen. Der nach § 1893 BGB. anwendbare § 1863 setzt nicht bloß für die Verpflichtung, sondern auch für die Berechtigung des Vormunds zur Vornahme von Geschäften nach dem Tode des Mündels eine feste Grenze und ist daher zugleich dafür maßgebend, inwieweit der Vormund für seine Tätigkeit noch ein Honorar beanspruchen kann. (Beschl. vom 28. April 1906.)

521 —l.

Literatur.

Koch, Dr. J. B., Amtsrichter in München (jetzt II. Staatsanwalt in Amberg). **Gesetz, die Ueberleitung von Hypotheken betr. vom 15. Mai 1906. Mit einem Anhang: Die Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren. Für den praktischen Gebrauch erläutert, München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier); kart. Mk. 1,40.**

Der Verfasser schildert zunächst in einer kurzen Einleitung die Verhältnisse, die zu der Erlassung des vorliegenden Sondergesetzes geführt haben und sodann die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Ihr folgt der Text des Reichsgesetzes vom 17. März 1906 mit kurzer Erläuterung, an den das Gesetz vom 15. Mai 1906 und die hierzu erlassene MB. vom 15. Mai 1906 angeschlossen sind. Das Ueberleitungsgesetz wird sodann sehr eingehend erläutert. Von dem Verfasser, der als großstädtischer Vollstreckungsrichter selbst die unangenehmen Verhältnisse durchgekostet hat, unter denen das Publikum und die Gerichte vor dem Eingreifen des Gesetzgebers zu leiden hatten, konnte man eine vortreffliche Würdigung der Bedeutung des Gesetzes erwarten und die Arbeit entspricht denn auch wirklich allen Anforderungen. Man wird den Ausführungen des Verfassers wohl in allen Punkten zustimmen können. Dabei sind sie so anschaulich gehalten, daß sie trotz der Schwierigkeit des Stoffes wohl auch von gebildeten Laien verstanden werden können. Besonders zu begrüßen ist es, daß der Verfasser den Erläuterungen einen Anhang beigefügt hat, in dem er die künftige Behandlung der Nebenkautionen in der Zwangsversteigerung erörtert. Erfreulicherweise hat er hier nicht etwa neue Streitfragen an das Tageslicht gefördert, sondern er billigt im wesentlichen die Ergebnisse, die in der Notiz auf S. 232 des II. Jahrg. dieser Zeitschrift kurz zusammengefaßt sind (s. insbesondere S. 41 bis 44). Wir wünschen dem Buche weiteste Verbreitung nicht nur in den Landesteilen, in denen schon das neue Grundstücksrecht gilt, sondern auch in den Kreisen, die erst später von der Aenderung der Gesetzgebung getroffen werden. von der Pfordten

Aschaffenburg, Dr. G., Professor in Cöln a. Rh. Das Verbrechen und seine Bekämpfung. Einleitung in die Kriminalpsychologie für Mediziner, Juristen und Soziologen; ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung. 2. Aufl. Heidelberg 1906, C. Winter's Univbh. Preis brosch. Mk. 6.—; gebd. Mk. 7.—.

Das Werk hat bei seinem ersten Erscheinen Aufsehen erregt und wurde ausnahmslos sehr günstig beurteilt. v. Liszt nennt es „die wertvollste von allen Vorarbeiten für das künftige deutsche Strafgesetzbuch, eine bahnbrechende Leistung“. Das allgemeine Lob kann nur geteilt werden. Man hat nach der Durchsicht des Werkes den Eindruck, daß die Probleme auf Grund reicher Erfahrung und eingehenden Studiums behandelt werden, ein Eindruck, der bei genauerer Prüfung zur Gewißheit wird; dabei ist der Stoff mit großer Klarheit und Durchsichtigkeit gegliedert und dargestellt. Die Grundlage des Werkes bildet die soziologische Auffassung des Verbrechens. Der Verfasser — Mediziner — steht auf dem Standpunkte Corres, daß die Verbrecher nicht als der Auswurf der Gesellschaft betrachtet werden dürfen, daß sie vielmehr mit ihr verbunden sind wie die Wunde mit dem Körper. Er versucht das Studium des Verbrechertums nach der Methode der naturwissenschaftlichen Disziplinen in Angriff zu nehmen. Er untersucht zunächst die Ursachen des Verbrechens. Hierbei unterscheidet er zwischen sozialen und individuellen Ursachen, die er in eingehender Weise und unter Benutzung reichen statistischen Materials darstellt. Er geht den Beziehungen zwischen Verbrechen und Jahreszeit nach und behandelt den Einfluß von Rasse, Religion, Stand und Beruf, der Volkssitten und der Genußmittel sowie der wirtschaftlichen und sozialen Lage auf die Verbrecher und das Verbrechen. Die Bedeutung von Abstammung und Erziehung, von Alter, Geschlecht und Familienstand wird dargelegt; bei der Besprechung

[1] Unentschieden blieb hiernach die Frage, ob sich der Ehemann nach Art. 84 UeG. die ganze Errungenschaft (nämlich das Geschäft) aneignen konnte, ohne diejenigen Gläubiger aus der Zeit nach dem 1. Januar 1900 zu bezahlen, denen er bei Fortgeltung von LR. T. I Kap. VI § 32 Nr. 6 (offener Kram und Laden) aus einseitigen Darlehensaufnahmen der Frau zu Geschäftszwecken samtverbindlich gehaftet hatte (BlfRA. 42, 286), während sich solche Mithaftung angesichts der §§ 1356 Abs. 2, 1367, 1399, 709 Abs. 1, 714 BGB. mit HGB. § 54 Abs. 2 aus der Darlehensentnahme allein ohne Verwendungsnachweis nicht mehr begründen läßt. D. Einf.

der körperlichen und geistigen Eigenschaften des Verbrechers die Lehren Lombrosos erörtert. Hieran schließen sich Ausführungen über die Einteilung der Verbrecher und sodann die Untersuchungen über den Kampf gegen das Verbrechen. Dieses ist dem Verfasser, der auf dem Boden des Determinismus steht, das Produkt der Veranlagung und Erziehung und der sozialen Verhältnisse. Der Kampf dagegen muß vor allem in der Vorbeugung bestehen, wie die Vorbeugung auch von je als die vornehmste und wichtigste Aufgabe des Arztes gegolten hat. Als Vorbeugungsmittel werden empfohlen der Kampf gegen den Alkoholmißbrauch und vor allem gegen das Gelegenheitstrinken, Wohnungshygiene, Fürsorgeerziehung, Fürsorge für entlassene Sträflinge insbesondere durch Beschaffung von Arbeit, energische Strafverfolgung, Stärkung des Rechtsgefühls. Die einzelnen Mittel werden besprochen. Der Strafe selbst darf nicht der Gedanke der Vergeltung zugrunde gelegt werden, ihr Hauptzweck muß der Schutz und die Sicherung der Gesellschaft sein; sie ist die für die Gesellschaft notwendige Reaktion auf die ihr durch das Verbrechen zugefügte Schädigung. Aschaffenburg steht, wie man sieht, auf dem Standpunkte der Lisztschen Schule, deren Anschauungen er auch hinsichtlich des Strafvollzugs beistimmt. Wer sich für kriminalpsychologische Probleme, vor allem aber, wer sich für die Reform des Strafgesetzbuchs interessiert, wird das Buch mit Nutzen und wegen seiner klaren, übersichtlichen und immer maßvollen Darstellung mit Genuß lesen. W.

Pescatore, Dr. Gustav, Universitätsprofessor in Greifswald, Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Brosch. Mk. 10. .

Der Verfasser der in den „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches" (herausgegeben von Universitätsprofessor Dr. Otto Fischer in Breslau) als 1. Heft des XIII. Bandes erschienen Monographie beabsichtigt nachzuweisen, daß die Gesetzgebung und die Rechtsauslegung bei der Regelung und der Konstruktion der Wahlschuldverhältnisse auf Abwege geraten sind und sich von den Anschauungen des Verkehrs weit ab auf die Höhen unfruchtbarer Abstraktion verirrt haben. Dieser Nachweis dürfte ihm auch gelungen sein. Pescatore verwirft insbesondere die sog. „Pendenztheorien" und die Lehre von einem besonderen Wahlrecht (und einer Wahlpflicht), ferner tut er dar, daß die „Wahlerklärung" keineswegs ein begrifflich notwendiges Erfordernis, vielmehr ein den Verkehrsanschauungen fremdes und zu mancherlei Unzuträglichkeiten führendes Element ist; weiter bemängelt er die vom Gesetze verordnete Rückwirkung der Wahl (§ 263 Abs. 2 BGB.) als leere Fiktion. Vor allem aber nimmt er die Theorie von der Konzentration unter die Lupe (besonders wiederum die Art, wie sie bei Unmöglichwerden einer Leistung durch Schuld des wahlberechtigten Gläubigers Eingang in § 265 Satz 1 BGB. gefunden hat) und zeigt an zahlreichen Fällen aus dem Leben ihre merkwürdigen Folgen. Die Schrift ist nicht nur scharfsinnig sondern auch stellenweise durch erfrischenden Humor belebt und durch drastische Beispiele gewürzt. Zudem bietet sie eine Fülle praktisch verwertbaren Stoffes.

von der Pfordten.

Reichssteuergesetze vom 3. Juni 1906. Textausgabe mit alphabetischem Register. München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 1.80.

Die durch ein sorgfältiges Register abgeschlossene Ausgabe enthält in bekannter trefflicher Ausstattung das Gesetz betr. die Ordnung des Reichshaushalts und die Tilgung der Reichsschuld, sowie die neuen Reichsgesetze über die Zigaretten- und Erbschaftssteuer. Das Brausteuer- und das Reichsstempelgesetz sind in der neuen Fassung neben den Aenderungsgesetzen abgedruckt. Die Sammlung, die eine rasche Orientierung über die Neuerungen im Steuerwesen ermöglicht, kann den Justizbehörden nur empfohlen werden. — —n.

Warneyer, Dr. Otto, Amtsrichter in Dresden. Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts. Unter Mitwirkung von Amtsgerichtsrat Meves in Magdeburg und Amtsrichter Dr. Gutmann in Dresden. 4. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1905. Leipzig 1906, Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Gebd. Mk. 8.—.

Warneyers Jahrbuch ist zweifellos das gründlichste und übersichtlichste der zahlreichen Sammelwerke, die seit 1900 erschienen sind. Die Anordnung ist die gleiche wie in den Sammlungen der Vorjahre. Richtig gebraucht wird es der Praxis und dem Rechtsbeflissenen ein unschätzbares Hilfsmittel sein; dagegen möchten wir auch hier wieder vor der Nachlässigkeit warnen, der sich schuldig macht, wer das Nachlesen der Gründe der aufgefundenen Entscheidungen an Ort und Stelle unterläßt. von der Pfordten.

Weismann, Dr. Jakob, Universitätsprofessor in Greifswald, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Band II. Stuttgart 1905, Ferd. Encke. 2 Bände, geb. Mk. 20.40.

Das Lehrbuch von Weismann übertrifft das in dieser Zeitschrift schon besprochene Lehrbuch von Kleinfeller (vgl. Jahrg. 1905 S. 62 f.) noch einigermaßen an Geschlossenheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung. Der Verfasser hat, um schon äußerlich die Leitsätze gegenüber der Ausführung des Details hervortreten zu lassen, den fortlaufenden Text zweckmäßig durch Verschiedenheit im Druck gegliedert. Nur die Auseinandersetzungen mit den Gegnern und die — erfreulicherweise ziemlich sparsamen — Verweisungen auf die Literatur sind in Fußnoten verwiesen, sodaß der leichte Fluß des Textes nirgends in störender Weise unterbrochen, anderseits aber auch der Nachteil vermieden ist, daß für das Verständnis wichtiges Material in den Anmerkungen zusammengedrängt wird und die Gefahr des Uebersehens wertvoller Ausführungen durch den weniger geübten Anfänger entsteht. Da das Buch in erster Linie für den Studierenden bestimmt ist, hat sich der Verfasser auch bei der Berücksichtigung der Rechtsprechung Beschränkung auferlegt; doch sind die Entscheidungen des Reichsgerichts ziemlich häufig vermerkt, während die Judikatur der Oberlandesgerichte mit Recht nur ausnahmsweise herangezogen wird. Kurze historische und rechtsvergleichende Bemerkungen sind gelegentlich eingeflochten; sie sind in der Regel an den Schluß der Abschnitte gestellt. Der II. Band, dessen wesentlichsten Teil die Lehre von der Zwangsvollstreckung bildet, kann auch unseren Rechtspraktikanten nur bestens empfohlen werden, da dieser Abschnitt der ZPO. im Universitäts-Unterricht in der Regel etwas stiefmütterlich behandelt wird und ein theoretisch-systematisches Studium des Gebietes der Vollstreckung daher eine der wichtigsten Aufgaben bei der Fortbildung nach der 1. Prüfung ist. Der Band enthält u. a. auch eine kurze Uebersicht über das ZwVG. und das Kosten- und Gebührenwesen.

von der Pfordten.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

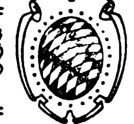
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 15 u. 16. München, den 10. August 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Das Verhältnis zwischen dem Reichsgesetze vom 9. Juni 1895, betr. die Ausführung des Zollkartells mit Oesterreich-Ungarn und anderen Strafgesetzen.[1])

Von Landgerichtsrat **Dittmann** in Nürnberg.

I.

In einem Rechtsfalle ist die Frage strittig geworden, jedoch infolge Verneinung der Tatfrage nicht zur Entscheidung gelangt, ob bei rechtlichem Zusammentreffen von Vergehen wider das Süßstoffgesetz mit solchen wider das oben angeführte Gesetz vom 9. Juni 1895 das Absorptionsprinzip des § 73 StGB. oder das Kumulationsprinzip des § 158 Vereinszollgesetzes Platz greife. Da indessen das Süßstoffgesetz besondere Bestimmungen für diesen Fall nicht enthält, so ist die Frage allgemein dahin zu stellen, welches der genannten Prinzipien für den Fall der rechtlichen Konkurrenz der Strafbestimmungen des Gesetzes vom 9. Juni 1895 mit anderen Strafgesetzen gelte. Die Zahl der Strafgesetze, welche hier in Betracht kommen, wird allerdings nicht groß sein; am ehesten wird sich eine solche Konkurrenz, vom Süßstoffgesetz abgesehen, bei den §§ 327, 328 des StGB. nebst den zahlreichen durch sie geschützten Ausführungsbestimmungen, dem Rinderpestgesetze, dem Gesetze betr. die Bekämpfung der Reblaus, dem Sprengstoffgesetze, dem Gesetze betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln ꝛc. und anderen Gesetzen gewerbepolizeilichen Inhalts ergeben. Die verhältnismäßige Seltenheit solcher Fälle kann nichts an der Wichtigkeit der Frage für den Fall ihres Eintritts ändern. Denn die §§ 2, 3 des Gesetzes vom 9. Juni 1895 drohen außer Einziehung Geldstrafen an, welche in dem doppelten Werte des kontrebandierten Gegenstandes oder dem vierfachen Betrage der vorenthaltenen Abgaben bestehen und diese nach Umständen auf viele Tausende — Verfasser kennt einen solchen Fall — sich belaufenden Strafen fallen bei Anwendung des Absorptionsprinzips natürlich weg, wenn das konkurrierende Gesetz eine, sei es auch nur mäßige, Freiheitsstrafe androht und daher formell als die lex durior sich darstellt.

Das Gesetz vom 9. Juni 1895 ermangelt einer positiven Bestimmung über die angeregte Frage. Da sein § 2 dem § 134 VZG., § 3 dem § 135, § 4 dem § 155, § 5 dem § 152, § 6 dem § 162 VZG. nachgebildet ist, so ist das Fehlen einer dem § 158 VZG. entsprechenden Bestimmung doppelt auffällig und ist wohl geeignet, wenigstens auf den ersten Blick die Meinung zu erregen, der Gesetzgeber habe absichtlich unterlassen, eine solche Bestimmung zu treffen, und habe bezüglich der gedachten Frage einfach die Grundsätze des allgemeinen Teils des StGB. angewandt wissen wollen, welche ja auch bezüglich der Fragen der Teilnahme, der Verjährung usw. gegenüber dem Gesetze vom 9. Juni 1905 unbestritten gelten.[1]) Ein weiteres Argument für die Richtigkeit ihrer Auffassung können die Verteidiger des Absorptionsprinzips scheinbar aus der Fassung des § 2 des Gesetzes vom 9. Juni 1895 gegenüber jener des § 134 VZG. entnehmen. Während nämlich der § 134 VZG. seine Strafdrohung — abgesehen von der Konfiskation der geschwärzten Gegenstände — ausdrücklich auf den Fall einschränkt, daß nicht „in besonderen Gesetzen eine höhere Strafe festgesetzt ist“, ermangelt der § 2 des Gesetzes vom 9. Juni 1895 einer solchen Einschränkung; die Folge ist, daß bei Annahme des Kumulationsprinzips derjenige, der dem § 2 des wesentlich zum Schutze fremdländischer Interessen dienenden Gesetzes vom 9. Juni 1895 und zugleich einem andern Strafgesetze zuwiderhandelt, härter geahndet wird, als jener, der dem zum Schutze inländischer Interessen dienenden § 134 VZG. und zugleich einem anderen Gesetze zuwiderhandelt.

[1]) Literatur: Entwurf und Begründung zum RG. v. 17. Juli 1881, Drucksachen des Reichstags, 4. LegPer., 4. Session Nr. 245; Entw. u. Begr. z. RG. v. 9. Juni 1895, 9. Leg.Per., 3. Session 1894/95, II. Anlageband, Nr. 316 S. 1316; Dr. Ernst Löbe, Deutsches Zollstrafrecht, III. Auflage.

[1]) Löbe a. a. O. Note 13 zum Ges. v. 9. Juni 1895.

Daß hierin ein gewisses Mißverhältnis liegt, ist kaum zu bestreiten.

II.

Die historische Betrachtung des Gesetzes vom 9. Juni 1895 ergibt: das Gesetz ist, abgesehen von seinem § 1, wörtlich nachgebildet dem Gesetze vom 17. Juli 1881 gleichen Betreffs (RGBl. S. 247). Letzteres ist, wie die Begründung sagt, erlassen „zur Ausführung der Verpflichtungen, welche Deutschland im Art. 10 des mit Oesterreich-Ungarn jetzt unterm 23. Mai d. J. abgeschlossenen Handelsvertrags, bzw. in dem neuen Zollkartell bezüglich der Bestrafung von Vergehen gegen die österreichungarischen Zollgesetze, in gleicher Weise wie früher übernommen hat". Dem ohne Aenderung zum Gesetze gewordenen Entwurf von 1881 sind, wie die Begründung sagt, „im wesentlichen die analogen Vorschriften des preußischen Gesetzes vom 22. August 1853 (Gesetzessammlung S. 926) bzw. des VZG." zugrunde gelegt worden. Im Hinblick einerseits auf die Entstehungsgeschichte, andererseits auf den Zweck der Gesetze von 1881 bzw. 1895 rechtfertigt es sich daher, einerseits die ältere preußische Gesetzgebung, andererseits die einschlägigen Bestimmungen des deutsch-österreichischen Zollkartells und deren Entstehungsgeschichte zur Auslegung des Gesetzes von 1895 heranzuziehen. Die Geschichte des Zollkartells ist fast so alt wie die deutschen Bestrebungen nach Zolleinigung überhaupt. Schon am 11. Mai 1833 war zwischen Preußen, Sachsen, den süddeutschen Mittelstaaten und den thüringischen Staaten ein Zollkartell geschlossen worden — abgedruckt bei Löbe a. a. O. S. 250 — von welchem einige Bestimmungen noch gelten und dessen Art. 8 das Vorbild der späteren Gesetzgebung bildet. Die eigentliche Geschichte des derzeit zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn geltenden Zollkartells beginnt jedoch mit dem Jahr 1853. Unterm 19. Februar 1853 war der erste Handels- und Zollvertrag zwischen Preußen und Oesterreich zustande gekommen, dem sich die übrigen Zollvereinsstaaten unterm 4. April 1853 anschlossen. Diesem Vertrag war als Anlage III ein Zollkartell beigegeben — Preuß. GesBl. 1853 S. 390, Bayer. RegBl. 1853 S. 1299. Mit fast nur redaktionellen Aenderungen ist dieses Kartell in die Handels- und Zollverträge zwischen den Staaten des Zoll- und Handelsvereins bzw. des Zollvereins und dann des Deutschen Reiches und Oesterreich-Ungarns vom 11. April 1865, 9. März 1868, 16. Dezember 1878, 1. Juli 1881 und 6. Dezember 1891 übergegangen, während der Zusatzvertrag zum letzterwähnten Vertrag vom 25. Januar 1905 in Art. 4 — RGBl. S. 146 — einfach das Kartell von 1891 — Text RGBl. 1892 S. 63 — „nebst den zugehörigen autonomen Ausführungsbestimmungen, unbeschadet einer etwaigen Neuregelung der letzteren" auch fernerhin aufrecht erhält. Für uns ist speziell von Interesse, daß die später zu erörternden §§ 13, 16 und 21, von unbedeutenden, rein sprachlichen Aenderungen abgesehen, aus dem Kartell von 1853 in die späteren unverändert übernommen worden sind. In Ausführung der durch das Zollkartell übernommenen Verpflichtungen erließ Preußen das schon erwähnte Gesetz vom 22. August 1853, Bayern die mit Gesetzeskraft ausgestattete königliche Verordnung vom 24. Dezember 1853, die Anwendung des Zollstrafgesetzes vom 17. November 1837 auf die Uebertretungen der kaiserlich österreichischen Zollgesetze betreffend, Bayer. RegBl. 1853 S. 1847. Beide Gesetze gleichen sich gegenseitig und dem RG. vom 17. Juli 1881 in allen wichtigen Bestimmungen; wesentlich geändert ist seither nur die höchste Dauer der subsidiären Freiheitsstrafe, welche früher ein volles, jetzt ein halbes Jahr beträgt und die Höhe der Ordnungsstrafe, welche nach dem preußischen Gesetze auf 1—10 Taler, nach dem bayerischen auf 1—15 Gulden sich belief und nunmehr auf 1—150 Mk. sich beläuft. Da die einschlägigen Bestimmungen des Zollkartells seit 1853 sachlich nicht geändert wurden, ist ihre spätere Geschichte für unsere Frage ohne Belang.

Was nun den Inhalt des Zollkartells anlangt, so sind nach § 13 daselbst „Uebertretungen von Ein-, Aus- und Durchfuhr-Verboten des anderen Teils und Zoll- und Steuerdefrauden . . . von jedem der Vertrag schließenden Teile nach seiner Wahl entweder mit Konfiskation des Gegenstandes der Uebertretung, eventuell Erlegung des vollen Wertes, und daneben mit angemessener Geldstrafe oder mit denselben Geld- oder Vermögensstrafen zu bedrohen, welchen gleichartige oder ähnliche Uebertretungen seiner eigenen Abgabengesetze unterliegen." Es ist klar, daß die völkerrechtliche Zusage, welche Deutschland durch fraglichen Artikel des Zollkartells übernommen hat, nicht voll eingelöst sein würde, wenn man annimmt, daß infolge des Absorptionsprinzips des § 73 StGB. ein anderes Gesetz zur Anwendung gelangt, welches die Konfiskation des Gegenstandes der Uebertretung, eventuell Erlegung des vollen Wertes, nicht vorsieht. Zwar ist, wenn statt des Gesetzes vom 9. Juni 1895 ein anderes (z. B. das Süßstoffgesetz) als das härtere zur Anwendung gelangt, die Einziehung des Gegenstandes, in Bezug auf welchen Kontrebande oder Defraude verübt wurde, mitunter auf Grund des § 40 StGB. zulässig, allein der § 40 läßt bekanntlich im Gegensatz zum Zollstrafrecht, nach welchem die durch die Konfiskation herbeigeführte Rechtsänderung ihre Wirkung auch gegen den an der Straftat unbeteiligten Eigentümer äußert — § 154 VZG. — die Einziehung nur zu, wenn die betreffenden Gegenstände dem Täter oder einem Teilnehmer gehören und dann auch nur fakultativ, nicht wie im Zollstrafgesetz obligatorisch; ferner kennt das

Reichsstrafgesetzbuch keine Verurteilung zur Erlegung des Wertes, wenn die Einziehung selbst nicht vollzogen werden kann. Der § 40 RStGB. kann sonach in keiner Weise als eine Bestimmung angesehen werden, durch deren allfallsige Anwendung den im § 13 Zollkartells übernommenen internationalen Verpflichtungen Rechnung getragen würde.

Die Auffassung, daß die Anwendung des Absorptionsprinzips dem Zollkartell nicht entspricht, findet eine weitere Stütze in dessen § 21, nach welchem „die Geldbeträge, welche infolge eines nach Maßgabe des § 17 eingeleiteten Strafverfahrens von dem Angeschuldigten oder für verkaufte Gegenstände der Uebertretung eingehen, dergestalt zu verwenden sind, daß davon zunächst die rückständigen Gerichtskosten, sodann die dem andern Teile entzogenen Abgaben und zuletzt die Strafen berichtigt werden" (vgl. auch § 15 ebenda).

Durch die aus §§ 13, 21 des Kartells entnommenen Argumente würde nun zwar u. E. bewiesen werden, daß die Anwendung des Absorptionsprinzips auf Konkurrenzfälle der gedachten Art zu Ergebnissen führen muß, welche den Bestimmungen des Zollkartells widerstreiten; aber damit wäre allerdings noch nicht bewiesen, daß der Gesetzgeber den bei ihm vorauszusetzenden Willen, solche inländische Bestimmungen zu schaffen, wie sie den übernommenen völkerrechtlichen Bestimmungen entsprechen, das ist: das dem Zollkartell allein entsprechende Kumulationsprinzip einzuführen, auch mit der erforderlichen Bestimmtheit zu gesetzgeberischem Ausdruck gebracht habe. Wir müssen hier einschalten, daß wir auch den scheinbar naheliegenden Weg, die im Gesetze vom 9. Juni 1895 in Beziehung auf die Behandlung der Konkurrenzfälle bestehende Lücke einfach im Wege der juristischen Analogie durch sinngemäße Anwendung des § 158 VZG. auszufüllen, nicht für gangbar anzusehen vermögen, weil uns eine so weitgehende Annahme über die Grenzen, in welchen eine analoge Gesetzesanwendung im Strafrecht zulässig ist, hinauszugehen scheint. Auch hat das Reichsgericht eine analoge Anwendung von Bestimmungen des VZG. auf dem Gebiet des Gesetzes vom 9. Juni 1895 bisher nur in einem von dem vorliegenden wesentlich abweichenden Falle, nämlich bezüglich des § 154 VZG. für zulässig erklärt (Entsch. des RG. VIII S. 279, siehe auch ebenda XVII S. 35).

Dagegen scheint uns die positive Gesetzesbestimmung, welche zur Anwendung des § 158 VZG. berechtigt, in dem § 16 des Kartells zu liegen. Der § 16, nach welchem „durch die nach den §§ 12 bis 15 zu erlassenden Strafbestimmungen die gesetzmäßige Bestrafung der bei Verletzung der Zollgesetze des andern Teiles etwa vorkommenden sonstigen Uebertretungen, Vergehen und Verbrechen, als: Beleidigungen, rechtswidrige Widersetzlichkeit, Drohungen oder Gewalttätigkeiten, Fälschungen, Bestechungen oder Erpressungen und dergleichen, nicht ausgeschlossen oder beschränkt" werden soll, will offenbar verhindern, daß derjenige, welcher sich gegen gemeinstrafrechtliche und kartellstrafrechtliche Normen vergeht, besser gestellt sei als derjenige, welcher nur den ersteren zuwiderhandelt; er bestimmt deshalb, daß durch die kartellgesetzlichen Bestimmungen das sogenannte gemeine Strafrecht unberührt bleiben soll, dergestalt, daß die gemeinrechtlichen und die kartellgesetzlichen Bestimmungen nebeneinander zur Anwendung gebracht werden oder m. a. W., daß für diese Konkurrenzfälle das Kumulationsprinzip gelten soll. Es mag nun zugegeben werden, daß die in dem § 16 des Zollkartells aufgezählten Beispiele sämtlich Reate darstellen, welche im RStGB. geregelt sind, keines ein Reat, welches in einem sogenannten Spezialgesetze normiert ist. Allein einerseits entstammt die Fassung des § 16 a. a. O., wie oben dargelegt, dem Jahr 1853, also einer Zeit, zu welcher die Konkurrenzfälle erzeugenden Spezialgesetze, wie z. B. das Nahrungsmittel- oder das Süßstoffgesetz, nicht existierten; es ist daher nicht zu verwundern, wenn der § 16 a. a. O. nur solche Reate als Beispiele aufführt, wie sie dem gemeinen Strafrecht von jeher angehörten. Anderseits begründet es gewiß keinen innern Unterschied, ob eine Materie im StGB. selbst, oder in einem sogenannten Spezialgesetz abgehandelt wird; es ist das meistens eine Frage der gesetzgeberischen Oekonomie, mitunter auch der politischen Taktik: die Bestimmung des § 130a StGB. könnte gewiß ebenso gut in einem Spezialgesetze stehen, wie jene des Sprengstoffgesetzes oder des Spionagegesetzes in das StGB. aufgenommen sein. U. E. begründet daher der § 16 des Zollkartells allerdings die Anwendbarkeit des Kumulationsprinzips auf alle Fälle der mehr gedachten Art.

Was aber das Gegenargument betrifft, welches aus dem Fehlen der Worte: „insofern nicht in besonderen Gesetzen eine höhere Strafe festgesetzt ist" in § 2 des Gesetzes vom 9. Juni 1895 entnommen werden könnte, so fehlt dieser Satz auch schon in den für das Gesetz vom 9. Juni 1895 vorbildlichen preußischen und bayerischen Bestimmungen von 1853; er fehlt auch in dem § 1 des bayer. Zollstrafgesetzes vom 6. Dezbr. 1837 — Bayer. GesBl. 1837 S. 201, — welcher dem § 134 VZG. entspricht, ist dagegen verbis „insofern nicht in speziellen Gesetzen" ꝛc. in § 1 des preuß. Gesetzes vom 23. Januar 1838 wegen Untersuchung und Bestrafung der Zollvergehen (Gesetzessammlung S. 78) bereits enthalten. Ursprünglich bezog sich dieser Satz offenbar auf die Strafdrohungen wegen Verletzung der staatlichen Monopole, wie solche im Jahr 1853 bezüglich des Salzes, des Tabaks, der Spielkarten usw. in verschiedenen Staaten bestanden — wie ja in Oesterreich auch jetzt noch das Tabaksmonopol besteht. — (Vgl. übrigens den § 9 des Schluß-

protokolls zum Handels- und Zollvertrag vom 6. Dezbr. 1891 (RGBl. 1892, S. 84.)[1])

Das preußische Gesetz von 1853 konnte diesen Satz nicht wohl in seinen einschlägigen Paragraphen aufnehmen, die Analogie hätte ja darin bestanden, die der Veränderung unterworfenen fremdländischen Gesetze über Verletzung ihrer Monopole nachzubilden; auch sollte das preuß. Gesetz von 1853 nicht bloß etwa gegenüber Oesterreich, sondern gegenüber allen Staaten Anwendung finden, welche durch Verträge die Gegenseitigkeit verbürgen würden. Konkurrenzfälle aber, wie sie zwischen den Bestimmungen des Gesetzes von 1895 und andern neueren Gesetzen, — wie am Eingang dieses Aufsatzes angedeutet — sich ergeben, dürften in der Zeit um 1853 höchst selten gewesen sein und nötigten daher nicht zu besonderer Berücksichtigung im Gesetze. Die deutsche Gesetzgebung von 1881/1895 hätte freilich zweckmäßig gehandelt, wenn sie dem § 2 unseres Gesetzes eine dem § 134 VZG. analoge Fassung gegeben hätte und seit 1895 hat sich das Bedürfnis nach einer derartigen Gesetzesfassung infolge Erlassung des Süßstoffgesetzes usw. noch gesteigert. Aber auf alle Fälle ergibt die Geschichte unseres Gesetzestextes, daß der § 2 des Gesetzes von 1881/1895 einfach den treffenden Bestimmungen des preußischen Gesetzes von 1853 nachgebildet ist, daß seine Fassung in diesem Sinne eine historisch zufällige ist und daher keineswegs einen Rückschluß auf die Anschauung des Gesetzgebers bezüglich der Frage der Kumulation oder Absorption zuläßt. Es wäre freilich zu wünschen, daß die Härte, welche die jetzige Fassung des § 2 des Gesetzes von 1895 mit sich bringt, bei einer Neubearbeitung dieses Gesetzes beseitigt würde. Zu letzterer ist das Deutsche Reich gemäß Art. 4 des Zusatzvertrags zum Handels- und Zollvertrag mit Oesterreich-Ungarn vom 25. Januar 1905, RGBl. 1906 S. 143 ff., jederzeit befugt.

Der weitere Wunsch, auch den § 135 VZG. und folgerichtig auch den § 3 des Gesetzes von 1895 durch Einfügung der Worte „insofern nicht in besonderen Gesetzen" usw. umgestaltet zu sehen, wird bei den mancherlei Schwierigkeiten, welche einer Aenderung des in strafrechtlicher Beziehung auch sonst mehrfach veralteten VZG. entgegenstehen, wohl noch lange Zeit der Erfüllung harren.

[1]) In neuerer Zeit erhielt dieser Satz, wie nebenbei bemerkt sei, durch die aus der Viehseuchengesetzgebung mit ihren vielfachen Einfuhrverboten sich zahlreich ergebenden Konkurrenzfälle einen Inhalt, der wohl außerhalb der ursprünglichen Intention liegt; auch führt der Umstand, daß der § 135 VZG. einer entsprechenden Bestimmung ermangelt, oft zu sonderbaren Konsequenzen. So ist z. B. in Bayern die Einfuhr von Rindvieh aus Oesterreich im Prinzip verboten, jene von Pferden im Prinzip und vorbehaltlich der seuchenpolizeilichen Regelung erlaubt; die Folge ist, daß, wer Rindvieh aus Oesterreich einschwärzt, aus § 328 StGB. und sonst lediglich mit Konfiskation der Tiere, wer aber Pferde einschwärzt — statt der hier zu erwartenden milderen Strafe — aus § 328 StGB., weiter mit Konfiskation der Tiere und dem vierfachen Betrag des hinterzogenen Zolles bestraft, der Defraudant also härter behandelt wird, als der Kontrebandierende.

Die Hinterlegung nach § 853 der ZPO. und ihre befreiende Wirkung.

Von Landgerichtsrat **Friedrich Oegg** in Würzburg.

(Schluß.)

III. Die Zivilprozeßordnung und das bürgerliche Recht.

Will man die Bedeutung des § 853 der ZPO. für die Frage der Schuldbefreiung richtig erfassen, so muß man sich vor allem vergegenwärtigen, welche grundsätzliche Stellung die ZPO. gegenüber dem bürgerlichen Rechte einnimmt. Entscheidend ist dabei nur der Inhalt der ZPO. selbst; welches bürgerliche Recht ihr jeweils gegenüber steht, ist ohne Belang. Die ZPO. befaßt sich mit der Regelung desjenigen Verfahrens, in dem das private Recht seinen Schutz und seine Verwirklichung finden soll. Sie hat es also in erster Linie mit der formellen Seite zu tun und behandelt die prozeßrechtlich erheblichen Vorgänge zunächst in ihren Voraussetzungen und Formen, in ihren Wirkungen aber nur insoweit, als sie für den Gang des Prozesses von Bedeutung sind. Auf der anderen Seite haben Prozeßhandlungen naturgemäß auch ihre Bedeutung für die bürgerlich-rechtlichen Verhältnisse, zumal es ja gerade die letzteren sind, deren Schutz der Zivilprozeß bezweckt. Hat also die ZPO. einerseits die Neigung, nicht in das Privatrecht einzugreifen,[1]) so trifft sie doch zuweilen Bestimmungen, die eigentlich in das Gebiet des bürgerlichen Rechts gehören.[2]) Von besonderer Bedeutung ist hierfür der Umstand, daß die ZPO. zur Zeit ihrer Entstehung einer großen Anzahl von Privatrechtsordnungen gegenüber stand, deren verschiedenartiger Behandlung man nicht jeden prozeßrechtlichen Vorgang überlassen konnte. Immer aber lassen die Bestimmungen der ZPO. erkennen, daß sie die bürgerlich-rechtliche Seite nicht vollständig und nur insoweit regeln will, als es ihr Zweck unbedingt verlangt.

Von diesem Gedanken geht die ZPO. — wenn man von dem Falle des § 853 zunächst absieht — auch in den von ihr erwähnten übrigen Fällen der Hinterlegung aus. In allen diesen Fällen[3])

[1]) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 118.

[2]) Wach a. a. O. Anm. 10, 11.

[3]) Vgl. § 75: Hinterlegung des Betrages einer Forderung beim Auftreten eines Dritten als Forderungsprätendenten; §§ 805 Abs. 4; 827 Abs. 2; 854 Abs. 2; 930 Abs. 2: Hinterlegung der geschuldeten Leistung und § 923: Hinterlegung eines als Sicherheit dienenden Betrages durch den Schuldner; endlich § 108, welcher be-

berührt das Gesetz die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Hinterlegung nicht und die Motive und Verhandlungen, soweit sie die Frage streifen, lassen erkennen, daß die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Hinterlegung als durch das bürgerliche Recht geregelt angesehen werden.[1]) Als bezeichnend für den Standpunkt, der bei der Entstehung der ZPO. maßgebend war, mag hervorgehoben werden, daß die Reichstagskommission bei der Behandlung des § 658 des Entwurfes (ZPO. § 804 n. F.) die bürgerlich-rechtliche Wirkung einer Sicherheitsleistung des Schuldners festsetzen wollte, und daß die betreffende Bestimmung infolge des Widerspruchs der Regierung wieder gestrichen wurde. Die Vertreter der Regierung hatten neben der Frage, ob diese Regelung notwendig und mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts in Einklang zu bringen sei, namentlich den Gesichtspunkt hervorgehoben, daß man dann auch in allen übrigen Fällen der Sicherheitsleistung oder Hinterlegung die Wirkungen regeln müsse, was doch bis jetzt nicht geschehen sei.[2])

Sieht man von dem vielumstrittenen Falle des § 75 der ZPO.[3]) ab, so darf wohl auch als anerkannt gelten, daß die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Hinterlegung grundsätzlich dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind.[4]) Streit besteht höchstens darüber, welche Wirkungen der Hinterlegung unter Anwendung des bürgerlichen Rechts beizumessen sind.

Auch in ihren Bestimmungen über die Pfändung, denen § 853 eingefügt ist, läßt die ZPO. erkennen, daß sie nur soweit in das Gebiet des bürgerlichen Rechts eingreifen will, als es ihre Zwecke erfordern. Sie läßt zwar durch die Pfändung ein Pfandrecht[5]) für den Gläubiger entstehen, überläßt aber die Bestimmung seines Inhalts, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, dem bürgerlichen Recht.[6]) Gerade die Ausnahmen bestätigen aber die Regel. So sagen die Motive[7]) zu den §§ 657, 658 des Entwurfs: „Auf das Pfand, welches durch den Akt der Pfändung konstituiert wird, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechtsnormen zur Anwendung. Da aber in den einzelnen Rechtsgebieten die Wirkungen des Pfandrechts Dritten gegenüber verschieden geregelt sind, so erschienen einzelne Bestimmungen erforderlich, um dem § 658 Abs. 1 die der Intention des Entwurfes entsprechende Ausführung zu sichern."

Auch bei den einzelnen Arten der Pfändung greift die ZPO. nur soweit als nötig in das bürgerliche Recht ein.[1])

Für das Verhältnis der ZPO. zum bürgerlichen Recht ergibt sich also der allgemeine Grundsatz: Die ZPO. regelt die prozeßrechtlichen Wirkungen der in ihr erwähnten Handlungen. Die Regelung der bürgerlich rechtlichen Wirkungen bildet die Ausnahme und darf deshalb nur da angenommen werden, wo es sich aus dem Inhalte der ZPO. deutlich ergibt. Nach diesem Grundsatz ist auch § 853 der ZPO. auszulegen, und es darf infolgedessen die befreiende Wirkung der Hinterlegung aus ihm nur dann abgeleitet werden, wenn es sich aus der Bestimmung selbst oder ihrem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der ZPO. erkennen läßt.

Daß der Wortlaut des Gesetzes keine Auskunft gibt, ist bereits erwähnt worden, aber auch Wesen und Zweck der Hinterlegung führen nicht zur Annahme, daß die Befreiung des Drittschuldners schon mit der Hinterlegung eintritt.

Die Befreiung von einer Verbindlichkeit erfolgt regelmäßig durch Erfüllung. Diese aber ist nur dann gegeben, wenn der Gläubiger auf sein Forderungsrecht das erhält, was er zu beanspruchen hat.[2]) Im Falle des § 853 handelt es sich um eine Geldforderung, also um eine solche Forderung, bei der der Gläubiger die Leistung von Geld verlangen kann. Die Natur dieser Forderung ändert sich durch die Pfändung nicht. Der Vollstreckungsschuldner bleibt Gläubiger und wird nur in der Ausübung des Forderungsrechtes durch die Pfandrechte der Vollstreckungsgläubiger beschränkt.[3]) Letztere haben, sobald ihnen die Forderung überwiesen ist, das Recht, den Schuldbetrag — selbstverständlich nur nach Maßgabe ihres Ranges — einzuziehen, also seine Bezahlung von dem Drittschuldner zu verlangen.[4]) Bestehen Zweifel über die Rechte der einziehungsberechtigten Gläubiger, so ist der Drittschuldner gemäß § 372 des BGB. zur Hinterlegung des Schuldbetrags berechtigt. § 853 der ZPO. greift in diese Rechtsverhältnisse erheblich ein, indem er Recht und Pflicht der Hinterlegung unabhängig vom bürgerlichen Recht begründet, allein die Zahlungspflicht des Drittschuldners ist damit nicht aufgehoben. Daß das Recht der Hinterlegung die Zahlungs-

---

stimmt, daß die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit im Zweifel durch Hinterlegung zu bewirken ist.

[1]) Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl. 1898 S. 438.

[2]) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 2. S. 825 ff.

[3]) Vgl. einerseits Gaupp-Stein a. a. O., anderseits Seuffert a. a. O. zu § 75 der ZPO.; vgl. auch Müller, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem BGB. in IheringsJ. Bd. 41 S. 439.

[4]) Für die Hinterlegung einer prozessualischen Sicherheit vgl. Reichsgericht Entsch. Bd. 12 S. 224.

[5]) ZPO. § 804 Abs. 1 (Entwurf § 658 Abs. 1) und Seuffert Anm. 3 zu § 804.

[6]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl. 1904 Bd. III § 284 S. 835.

[7]) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 2 S. 450.

[1]) ZPO. § 815 Abs. 3; § 819; § 836; § 840.

[2]) Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 342 Ziff. 1; BGB. § 362 Abs. 1.

[3]) ZPO. § 804 Abs. 1. Seuffert a. O. Anm. 4 b zu § 829.

[4]) ZPO. § 835. Seuffert a. O. Anm. 3 hierzu.



pflicht nicht beseitigt, sondern nur dem Drittschuldner die Möglichkeit gewährt, seiner Verbindlichkeit auf andere Weise als durch Zahlung zu genügen, bedarf keiner Ausführung.[1]) Aber auch die Pflicht der Hinterlegung, die auf der ZPO. beruht, ist von der Zahlungspflicht, die dem bürgerlichen Recht entstammt, wohl zu unterscheiden.[2]) Es wird zwar allgemein angenommen, daß die Hinterlegungspflicht an die Stelle der Zahlungspflicht tritt und daß insbesondere dann, wenn ein Gläubiger die Hinterlegung verlangt, auch die übrigen nur Hinterlegung, nicht Zahlung, verlangen können.[3]) Allein diese Auffassung steht kaum im Einklang mit der Bedeutung des § 853 der ZPO. Der Wortlaut dieser Bestimmung zeigt deutlich, daß Recht und Pflicht der Hinterlegung trotz der Verschiedenheit des Zweckes[4]) auf einem gemeinsamen Gedanken beruhen und daß gegebenenfalls das bloße Recht der Hinterlegung in eine Pflicht sich verwandelt. Folgeweise kann im Verhältnisse zur Zahlungspflicht der Hinterlegungspflicht keine andere Bedeutung beigemessen werden, als sie dem Hinterlegungsrechte zukommt. Erst wenn der Schuldner den Schuldbetrag wirklich hinterlegt hat, kann er sich gegenüber den Pfandgläubigern auf diese Hinterlegung berufen und dadurch den Anspruch auf Zahlung entkräften. Recht und Pflicht der Hinterlegung treten also nicht an Stelle der Zahlungspflicht, sondern neben sie.[5]) Durch die Hinterlegung selbst wird nur die durch § 853 der ZPO. begründete Pflicht der Hinterlegung, nicht die Pflicht der Zahlung, erfüllt. Für diese bedeutet die Hinterlegung nur einen Versuch der Erfüllung, und wenn dadurch die Befreiung des Drittschuldners herbeigeführt wird, so geschieht dies nicht, weil die Hinterlegung Erfüllung ist, sondern obgleich sie es nicht ist, indem ihr das Gesetz aus besonderen Gründen die gleiche Wirkung beilegt, wie wenn die Forderung erfüllt worden wäre. Die Hinterlegung des § 853 der ZPO. ist also niemals Zahlung[6]) oder Erfüllung, sondern nur Ersatz der Erfüllung[1]) und es bedarf einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, um die Hinterlegung der Erfüllung gleichzustellen.

Auch der Zweck unserer Hinterlegung führt nicht zu einem anderen Ergebnisse. Das Gesetz will einerseits dem Drittschuldner die Befreiung von seiner Verbindlichkeit erleichtern, andererseits den Gläubigern die Möglichkeit gewähren, den Schuldbetrag zum Zwecke ihrer Befriedigung herbeizuschaffen. Dem Interesse des Drittschuldners wird genügend Rechnung getragen, wenn die Hinterlegung einen Ersatz der Erfüllung in der gleichen Weise bildet, wie dies das bürgerliche Recht bei anderen Hinterlegungen zum Zwecke der Erfüllung bestimmt. Die Gläubiger aber haben überhaupt kein Interesse an der Befreiung des Drittschuldners. Für sie kann es höchstens wünschenswert sein, daß der hinterlegte Schuldbetrag ihnen nicht wieder entzogen, daß also eine Rücknahme der Hinterlegung ausgeschlossen wird. Allein Ausschluß der Rücknahme und befreiende Wirkung der Hinterlegung sind zwei verschiedene Dinge. Erst wenn einmal feststeht, nach welchen Rechtsnormen die Frage der Schuldbefreiung zu beurteilen ist, kann geprüft werden, welche Bedeutung die Rücknahme und deren Ausschluß für die Befreiung des Drittschuldners hat. Die Frage der Rücknahme ist daher erst später zu prüfen. In diesem Zusammenhang genügt es, festzustellen, daß aus dem Zwecke der Hinterlegung des § 853, auch soweit er das Interesse der Gläubiger im Auge hat, die Schuldbefreiung nicht abgeleitet werden kann.

Der Satz, daß die Hinterlegung schuldbefreiend wirke, ist also in der Zivilprozeßordnung weder ausdrücklich noch stillschweigend enthalten. Soll daher eine Frage ernstlich in Zweifel gezogen werden, so kann sie nicht lauten: Beruht die befreiende Wirkung der Hinterlegung auf der ZPO. oder auf dem bürgerlichen Recht? sondern: Sind von den Bestimmungen des an sich maßgebenden bürgerlichen Rechts einzelne durch die besondere Art der Hinterlegung des § 853 von der Anwendung ausgeschlossen? Auf die wichtige Frage der Rücknahme angewendet, bedeutet dies: Wenn die Annahme der herrschenden Meinung, daß bei dieser Hinterlegung die Rücknahme schon kraft der ZPO. ausgeschlossen sei, zutreffend wäre, so würde doch erst aus dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sein, ob die so geartete Hinterlegung für den Drittschuldner befreiend wirkt. Für die Frage der Schuldbefreiung ist also grundsätzlich das bürgerliche Recht maßgebend.

IV. Das Verhältnis des § 853 der ZPO. zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Für den Drittschuldner handelt es sich bei der Hinterlegung darum, daß er von seiner Verbindlichkeit frei werde. Deshalb sind für die Frage,

[1]) Siehe jedoch von Wilmowski-Levy a. O. Anm. 2 Abs. 2 zu § 750 a. F., wo es heißt, daß Pflicht und Recht zur Hinterlegung an die Stelle der Zahlungs- und Leistungspflicht treten.

[2]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901 S. 83.

[3]) So Seuffert a. O. Anm. 3 zu § 853; Gaupp-Stein a. O. zu § 853 II, die übrigens dem Drittschuldner den Einwand vorbehalten, daß er an den bestberechtigten Gläubiger bezahlt habe, während Struckmann-Koch a. O. Anm. 3 zu § 853 und Weigelin a. O. S. 84 die Zahlung schlechtweg für unwirksam erklären.

[4]) Siehe unten.

[5]) Daraus folgt, daß der Drittschuldner jederzeit an den bestberechtigten Gläubiger Zahlung leisten kann; auch ein Urteil auf Hinterlegung nach § 856 der ZPO. würde hieran nichts ändern, weil es nur die Hinterlegungspflicht, nicht ihr Verhältnis zur Zahlungspflicht betrifft.

[6]) Wie das Reichsgericht sagt.

[1]) Erfüllungssurrogat: Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 264. 282.

ob er diesen Zweck auch wirklich erreicht, diejenigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts anzuwenden, welche die zum Zwecke der Schuldbefreiung stattfindende Hinterlegung betreffen. Dies sind für das Recht des BGB. die §§ 372 ff.

1. Voraussetzung der Hinterlegung.

Nach § 372 kann der Schuldner (hier der Drittschuldner) insbesondere dann hinterlegen, wenn er infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Die ZPO. dagegen knüpft die Zulässigkeit der Hinterlegung nur an die Voraussetzung, daß mehrere Gläubiger die Forderung gepfändet haben. Die Voraussetzungen des BGB. und der ZPO. decken sich also nicht. Denn, wenn auch bei mehrfacher Pfändung Zweifel des Drittschuldners über die Berechtigung der Gläubiger nach Rang und Höhe der Forderungen nahe liegen, und ihre Lösung dem Drittschuldner in der Regel nicht zugemutet werden kann, so lassen sich doch auch Fälle denken, in denen solche Zweifel ausgeschlossen sind, so z. B. wenn die Forderung des erstpfändenden Gläubigers schon für sich allein den gepfändeten Schuldbetrag weit übersteigt.[1]) In diesem Falle wäre der Drittschuldner nach dem BGB. zur Hinterlegung nicht berechtigt. Das Recht der Hinterlegung steht ihm gleichwohl zu auf Grund des § 853 der ZPO., dessen einzige Voraussetzung, die Pfändung durch mehrere Gläubiger, ja vorliegt.[2]) Dabei ist jedoch zu beachten, daß § 853 nur die Hinterlegung zu gunsten mehrerer Pfändungspfandgläubiger betrifft, so daß bei einer Konkurrenz anderer Gläubiger, z. B. solcher, denen ein Teil der Forderung abgetreten wurde, eine Hinterlegung des auf sie treffenden Betrages nur zulässig ist, wenn in der Richtung gegen sie die Voraussetzungen des § 372 des BGB. vorliegen.[3])

Dieser Unterschied in den Voraussetzungen der Hinterlegung[4]) steht aber einer Anwendung der übrigen Bestimmungen des BGB. nicht im Wege und man darf insbesondere nicht sagen, daß die Schuldbefreiung, weil sie nach dem BGB. zu beurteilen sei, auch in den Fällen des § 853 der ZPO. nur dann eintrete, wenn zugleich die Voraussetzungen vorliegen, an die das BGB. das Recht der Hinterlegung knüpft. Wenn die ZPO. eine Hinterlegung, die zum Zwecke der Schuldbefreiung erfolgt, für zulässig erklärt, dann steht ihre Rechtmäßigkeit auch für das Gebiet des bürgerlichen Rechts fest, und es dürfen ihr deshalb die Wirkungen nicht versagt werden, die das bürgerliche Recht einer rechtmäßigen Hinterlegung beilegt. Eine andere Auffassung würde nicht bloß der Bedeutung der ZPO., sondern auch den Absichten des BGB. nicht entsprechen. Die Motive zum BGB. lassen keinen Zweifel darüber, daß die Bestimmungen des Gesetzes für alle zum Zwecke der Schuldbefreiung erfolgenden Hinterlegungen gelten sollen, soweit sie im BGB. selbst geregelt sind.[1]) Aber auch auf Hinterlegungen, die in anderen Gesetzen, insbesondere in der ZPO. angeordnet werden, sind sie, wenn nicht unmittelbar, so doch entsprechend anzuwenden, wenn nur der Zweck der Schuldbefreiung auch bei ihnen zutrifft. Wenn das BGB. durch seine Bestimmungen die Wirkungen einer durch die ZPO. angeordneten Hinterlegung nicht berühren will,[2]) so entspricht dies seiner Stellung gegenüber der Reichsgesetzgebung (EG. Art. 32), hat aber zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß die ZPO. auch wirklich alle erforderlichen Bestimmungen trifft. Da nun die ZPO. im Falle des § 853 nur die Voraussetzungen der Hinterlegung festsetzt, so sind die Wirkungen nach den Bestimmungen des BGB. zu beurteilen.[3])

Hieran ändert sich auch nichts durch den Umstand, daß der Drittschuldner zur Hinterlegung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist.[4]) Denn das Wesen der Hinterlegung wird dadurch nicht berührt,[5]) und wenn hier neben dem Interesse des Drittschuldners das der Gläubiger in den Vordergrund tritt, so mag dies in anderer Beziehung von Belang sein, es kann aber jedenfalls nicht dazu führen, dem Drittschuldner eine Befreiung zu gewähren, die ihm bei freiwilliger Hinterlegung versagt wird.

2. Rücknahme der Hinterlegung und Schuldbefreiung.

Nach dem Recht des BGB. ist die Befreiung des Schuldners nicht zu trennen von der Frage, ob die Hinterlegung zurückgenommen werden kann

---

[1]) Vgl. Hellwig: Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 215. — Die Annahme Seufferts zu § 853 Anm. 2, der Drittschuldner sei schon nach § 372 des BGB. zur Hinterlegung berechtigt, trifft also nur in der Regel zu. Der Grund, man könne dem Drittschuldner die Prüfung der Prioritätsverhältnisse nicht zumuten, war zwar für die Erlassung des Gesetzes bestimmend, allein das Gesetz gilt auch dann, wenn dieser Grund im Einzelfall nicht zutrifft.

[2]) Gaupp-Stein a. O. zu § 853. OLG. Celle in der bereits erwähnten Entscheidung vom 10. Nov. 1894.

[3]) Gaupp-Stein a. O. § 853 II Anm. 4 und 9.

[4]) Ein anderer Unterschied, der jedoch hier nicht von entscheidender Bedeutung ist, besteht hinsichtlich des Ortes der Hinterlegung BGB. § 374 Abs. 1 und Seuffert a. O. Anm. 2 zu § 853 der ZPO.

[1]) Motive zum Entwurfe eines BGB. Bd. 2 S. 91 unten; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Erl. 2 vor § 372.

[2]) Motive a. O. S. 92 oben.

[3]) Vgl. auch Hellwig, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft S. 83. Auch für andere Fragen, so das Verhältnis zu einer Gegenleistung des Gläubigers, die Verpflichtung zur Anzeige an den Gläubiger und die Rückwirkung der Hinterlegung im Falle der Uebersendung durch die Post, sind die Bestimmungen des BGB. (§§ 373, 374 Abs 2, 375) anzuwenden. Eine nähere Darlegung liegt jedoch außerhalb des Zweckes dieser Ausführungen.

[4]) Darüber, daß §§ 373 ff. auch auf Fälle der Hinterlegungspflicht anzuwenden sind, siehe Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Erl. 2 vor § 372.

[5]) Siehe oben.



oder nicht. Die Hinterlegung als solche begründet, wie erwähnt, für sich allein noch nicht die Befreiung des Schuldners, sondern gibt ihm nur das Recht, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen BGB. § 379 Abs. 1. Der Schuldner hat grundsätzlich das Recht der Rücknahme, und wenn er davon Gebrauch macht, so gilt die ganze Hinterlegung als nicht erfolgt BGB. § 376 Abs. 1 und 379 Abs. 3. Nur dann, wenn die Rücknahme ausgeschlossen ist, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte (BGB. § 378). Die Rücknahme ist aber nur in folgenden Fällen ausgeschlossen:

wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet;

wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;

wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.

Dies gilt auch für die Hinterlegung des § 853 der ZPO., es müßte denn sein, daß die ZPO. selbst für diesen Fall eine Rücknahme ausschließt. Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, aber auch der Zweck der Hinterlegung erfordert nicht den Ausschluß der Rücknahme. Man sagt zwar, die Hinterlegung bilde die Grundlage des Verteilungsverfahrens[1]), diese Grundlage dürfe nicht durch eine Rücknahme des Drittschuldners zerstört werden.[2]) Allein dieser Satz ist schon in seiner Voraussetzung nicht zutreffend. Nach § 872 der ZPO. tritt das Verteilungsverfahren nur dann ein, wenn der hinterlegte Geldbetrag zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht. Diese Voraussetzung liegt fast bei allen Hinterlegungen, die das Gesetz im Auge hat,[3]) vor; so bei § 827, wo es sich um die Hinterlegung des Versteigerungserlöses einer mehrfach gepfändeten Sache handelt und bei § 854, der die mehrfache Pfändung eines Anspruchs auf Herausgabe einer Sache und die Hinterlegung des Erlöses der von dem Drittschuldner herausgegebenen und zugunsten der Gläubiger versteigerten Sache betrifft. In diesen Fällen ist denn auch die Hinterlegung die notwendige Grundlage des Verteilungsverfahrens und das letztere die notwendige Folge der Hinterlegung.

Ganz anders liegt die Sache bei der Hinterlegung des § 853 der ZPO. Diese Hinterlegung läßt sich ohnehin, gerade im Punkte der Rücknahme, mit den vorbezeichneten Hinterlegungsfällen nicht vergleichen.[1]) Denn bei diesen Hinterlegungen handelt es sich um den Erlös einer Sache, die bereits zugunsten der Gläubiger verwertet ist, also um einen Geldbetrag, der niemals im Besitze des Schuldners oder Drittschuldners war und deshalb von diesen auch nicht zurückgenommen werden kann. Bei der Hinterlegung des § 853 dagegen kommt der Schuldbetrag aus der Hand des Drittschuldners, sodaß mit der Hinterlegung allein noch kein Hindernis für eine Rücknahme vorhanden ist. Die Hinterlegung des § 853 unterscheidet sich auch in ihrer Voraussetzung wesentlich von der des Verteilungsverfahrens. Sie setzt lediglich voraus, daß die Forderung für mehrere Gläubiger gepfändet ist und findet in gleicher Weise statt, mag nun der Schuldbetrag zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger ausreichen oder nicht.[2]) Da das Verteilungsverfahren aber nur dann Platz greift, wenn der hinterlegte Betrag zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, so ist zwar die Hinterlegung auch hier Voraussetzung des Verteilungsverfahrens, dieses aber keine notwendige Folge der Hinterlegung.

Diesem mehr äußerlichen Unterschied tritt aber noch der Mangel eines notwendigen inneren Zusammenhangs zur Seite. Allerdings ist die in der ZPO. enthaltene Regelung erst allmählich in das Gesetz gekommen. Die ZPO. geht hier im wesentlichen auf das frühere preußische Recht zurück, wie es durch die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 gestaltet wurde. Danach begründete die Pfändung einer Forderung nur eine Beschlagnahme mit der Wirkung eines richterlichen Veräußerungsverbotes. Der Pfandgläubiger erhielt durch die Ermächtigung zur Einklagung nur die Befugnis, die Forderung an Stelle des Vollstreckungsschuldners beizutreiben. Traten andere Gläubiger der Pfändung bei, so hatten die Gläubiger sämtlich für die Herbeischaffung des Schuldbetrages zu sorgen, der Schuldbetrag wurde hinterlegt und in einem konkursähnlichen Verteilungsverfahren zur verhältnismäßigen Befriedigung der Gläubiger verwendet.[3]) Da die Gläubiger ein eigenes Recht an der gepfändeten Forderung nicht hatten und bei ihrer Gleichberechtigung, wenigstens bei unzureichendem Schuldbetrage, eine Verteilung nicht zu umgehen war, so konnte das Verfahren kaum anders geregelt werden. Nicht bloß folgte das Verteilungsverfahren notwendig der Hinterlegung, sondern es war auch die Hinterlegung notwendig, wenn der Zweck der ganzen Vollstreckung, die

[1]) So die Motive zur ZPO. Hahn a. O. Bd. 2 S. 461.

[2]) OLG. Dresden in der Entscheidung vom 17. Januar 1902.

[3]) § 873 erwähnt die Fälle der §§ 827, 853, 854; dazu § 858 und Seuffert a. O. Anm. 16 zu § 872.

[1]) § 827 hat überhaupt keinen Berührungspunkt mit § 853; bei § 854 bildet nicht die Hinterlegung des Erlöses, sondern die Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher das Gegenstück zur Hinterlegung des § 853.

[2]) Gaupp-Stein a. O. § 853 II Anm. 10.

[3]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 3. Aufl. Bd. 3 § 284 S. 835 und Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 101 ff.

Befriedigung der Gläubiger, erreicht werden wollte. Daraus ergab sich die Pflicht des Drittschuldners, den Schuldbetrag zu hinterlegen, und es ließ sich auch die Folgerung ableiten, daß der einmal hinterlegte Betrag von dem Drittschuldner nicht beliebig wieder zurückgenommen werden konnte.

Die ZPO. hat den Standpunkt des preußischen Rechts verlassen. Während noch die ersten Entwürfe diesem Recht angepaßt waren, nahmen spätere[1]) und mit ihnen das Gesetz den Grundsatz an, daß die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand begründe. Bei dieser Aenderung der Rechtslage hätte die ZPO. davon absehen können, die auf einer anderen Grundlage beruhenden Bestimmungen über die Hinterlegung des Schuldbetrages durch den Drittschuldner beizubehalten. Wenn das Gesetz gleichwohl solche Bestimmungen getroffen hat, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß die Hinterlegung der ZPO. noch die gleiche Bedeutung habe wie die des früheren Rechts; vielmehr haben sich Inhalt und Zusammenhang der Bestimmungen wesentlich geändert. Das Verteilungsverfahren ist nicht mehr notwendig, um den hinterlegten Betrag den Gläubigern zuzuführen, und die Hinterlegung selbst ist nicht erforderlich, um den Zweck der Vollstreckung, die Befriedigung der Gläubiger, zu erfüllen. Hierfür wäre das bürgerliche Recht, das dem Vertragspfandgläubiger die Befriedigung seiner Ansprüche gewährt, vollkommen genügend, zumal die Befugnis der Einziehung durch die ZPO. selbst außer Zweifel gestellt worden ist.[2]) Die Motive zur ZPO. lassen denn auch keinen Zweifel darüber, daß sowohl Hinterlegung als auch Verteilungsverfahren auf wesentlich andere Gründe zurückzuführen sind. Bei den Bestimmungen über das Verteilungsverfahren[3]) heißt es: „Obwohl nach § 658[4]) die Zwangsvollstreckung ein Pfandrecht begründet, dessen Priorität durch das Alter bestimmt wird, kann der Entwurf dennoch Vorschriften über ein Verteilungsverfahren nicht entbehren, weil weder dem Gerichtsvollzieher noch dem Drittschuldner die Uebernahme der Gefahr bei Verteilung der durch Zwangsvollstreckung erzielten Geldbeträge unter mehrere Gläubiger zugemutet werden darf.“ Das Verteilungsverfahren wird also nicht als notwendig, sondern nur als zweckmäßig betrachtet und seine Beibehaltung erfolgt nicht im Interesse der Gläubiger, sondern mit Rücksicht auf andere Personen. Nicht der Zweck, die Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen, sondern das Interesse des Drittschuldners ist es also auch, das bei der Hinterlegung des § 853 der ZPO. die Zulassung des Verteilungsverfahrens rechtfertigt. Auf der gleichen Grundlage beruht die Ausgestaltung der Bestimmung des § 853 selbst. So erklärt es sich, daß die Hinterlegung nicht mehr bloß eine Pflicht, sondern auch — und zwar in erster Linie — ein Recht des Drittschuldners ist und daß sie auch dann stattfindet, wenn der Schuldbetrag zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger ausreicht, also für ein Verteilungsverfahren im Sinne der §§ 872 ff. der ZPO. überhaupt kein Raum ist.[1]) Die Motive zu §§ 697—699 des Entwurfs (§§ 750—752, nun 853—856 des Gesetzes)[2]) begründen die Berechtigung des Drittschuldners zur Hinterlegung damit, daß man es ihm nicht zumuten könne, die Gefahr zu übernehmen, ob er an den Bestberechtigten bezahle, und fahren fort: „die Vorschrift des norddeutschen Entwurfs § 1012, welche dem Drittschuldner diese Berechtigung (d. h. zur Hinterlegung) nur erteilt, falls die Schuld nicht zur Deckung der Ansprüche aller pfändenden Gläubiger ausreicht, ist unbillig, weil ihm dadurch die schwierige Berechnung der beteiligten Forderungen auferlegt wird.“

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß das Verhältnis zwischen der Hinterlegung und dem Verteilungsverfahren sich gegenüber dem früheren Recht nicht bloß äußerlich verschoben, sondern auch seinem inneren Wesen nach verändert hat. Aus der Veränderung dieses Verhältnisses aber folgt, daß auch die Frage der Rücknahme anders zu beurteilen ist. Wie nach dem früheren Rechte die Notwendigkeit der Hinterlegung den Ausschluß der Rücknahme begründete, so steht jetzt mangels einer solchen Notwendigkeit der Rücknahme des hinterlegten Betrages nichts entgegen.

Auch hier ist es ohne Bedeutung, ob der Drittschuldner freiwillig oder gezwungen hinterlegt, denn die Natur der Hinterlegung ändert sich dadurch nicht und es ließe sich nur die Frage aufwerfen, ob der Gläubiger, der eine Hinterlegung zu verlangen berechtigt ist, nicht von vornherein eine solche Hinterlegung beanspruchen könnte, bei der die Rücknahme nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts ausgeschlossen wäre, d. h. eine Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme (BGB. § 376 Abs. 2 Nr. 1).[3]) Doch besteht auch für diese Annahme kein zwingender Grund, da ja der Gläubiger jederzeit in der Lage ist, durch Annahme der Hinterlegung deren Rücknahme auszuschließen (BGB. § 376 Abs. 2 Nr. 2).

Selbst dann endlich, wenn der Hinterlegung wirklich ein Verteilungsverfahren folgt, besteht kein Grund, die Rücknahme der Hinterlegung auszuschließen. Der Vorgang, daß ein Verfahren durch

---

[1]) Die nähere Darstellung der ganzen Entwickelung siehe bei Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 213 f.

[2]) Windscheid, Pandekten Bd. 1 §§ 227, 339 Ziff. 2, 241, 242; BGB. §§ 1281 ff., 1290, 372 und Seuffert a. O. Anm. 1 zu § 835 und Anm. 4 b, δ und ε zu § 829 ZPO.

[3]) Hahn a. O. Bd. 2 S. 462.

[4]) Des Entwurfes, später § 709, nun § 804 der ZPO.

[1]) Auf ein redaktionelles Versehen (Falkmann in der Zeitschr. für d. Zivilprozeß Bd. 21 S. 519) braucht man deshalb den Unterschied in den Voraussetzungen der Hinterlegung und des Verteilungsverfahrens nicht zurückzuführen.

[2]) Hahn a. O. Bd. 2 S. 461.

[3]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 443.



den Wegfall seiner Veranlassung gegenstandslos wird, ist für den Prozeß nichts seltenes. So bildet die Erhebung der Klage die Grundlage des Prozesses, ihre Zurücknahme ist in der Prozeßordnung ausdrücklich zugelassen und geregelt, und es wird niemand bezweifeln, daß auch im Vollstreckungsverfahren der Gläubiger durch die Zurücknahme seines Antrages dieses Verfahren beendigen kann. Es handelt sich hier freilich nicht um die Rücknahme eines Parteiantrags. Aber es besteht auch kein Grund, eine Beendigung des Verfahrens deshalb auszuschließen, weil die Veranlassung zu ihm nicht von einer Partei, sondern von einem Dritten ausgeht. Das Verteilungsverfahren tritt ein, wenn der Drittschuldner hinterlegt. Warum sollte es unzulässig sein, daß der Drittschuldner die Hinterlegung zurücknimmt und dadurch das Verteilungsverfahren gegenstandslos macht? Ist es noch nicht eingeleitet, dann unterbleibt es; hat es aber bereits begonnen, dann wird es eingestellt und es kann sich nur um die noch zu erörternde Frage handeln, wer die Kosten zu tragen hat.

Die ZPO. schließt also eine Rücknahme der Hinterlegung im Falle des § 853 nicht aus; der Ausschluß der Rücknahme und damit die befreiende Wirkung der Hinterlegung tritt erst dann ein, wenn die Voraussetzungen vorliegen, an welche das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausschluß der Rücknahme knüpft.

3. Kosten der Hinterlegung.

Was für die Wirkungen der Hinterlegung im allgemeinen gilt, ist auch für die Frage der Kosten maßgebend. Das BGB. § 381 legt die Kosten der Hinterlegung dem Gläubiger auf, soferne nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt; im letzteren Falle hat also der Schuldner die Kosten zu tragen. Der Grund für diese Regelung ist, daß die Hinterlegung durch Umstände veranlaßt wird, die in der Person des Gläubigers liegen und für die der Schuldner billigerweise nicht verantwortlich gemacht werden kann, während im Falle der Rücknahme der Schuldner die Kosten überflüssigerweise verursacht hat. Diese Erwägung trifft auch bei der Hinterlegung des § 853 zu; die Bestimmung des § 381 des BGB. ist deshalb auch hier anzuwenden. Mit den Bestimmungen der ZPO. steht dies nicht im Widerspruch. Allerdings sind die Kosten der Hinterlegung unter Umständen als Kosten der Zwangsvollstreckung zu behandeln, und gemäß § 788 der ZPO. fallen diese Kosten, soweit sie notwendig waren (§ 91) dem Schuldner, d. h. dem Vollstreckungsschuldner zur Last. Allein diese Bestimmung regelt, ebenso wie die allgemeinen Bestimmungen der ZPO. über die Kostenpflicht (§ 91 ff.), die Verteilung der Kostenlast nur für das Verhältnis unter den Parteien. Sie sagt also nur, daß nicht der Vollstreckungsgläubiger, sondern der Vollstreckungsschuldner in seinem Verhältnis zum Gegner kostenpflichtig ist, läßt aber den Drittschuldner, der nicht Partei ist,[1]) unberührt.[2]) So wenig ihm auf Grund des § 788 der ZPO. Kosten auferlegt werden können, ebensowenig wird er durch diese Bestimmung von einer Kostenpflicht befreit. § 788 der ZPO. schließt also die Anwendung des § 381 des BGB. nicht aus, sondern bedarf dieser Bestimmung geradezu als notwendiger Ergänzung.

Nimmt der Drittschuldner den hinterlegten Schuldbetrag zulässigerweise zurück, so trägt er die Kosten der Hinterlegung. Bleibt der Schuldbetrag hinterlegt, so fallen die Kosten den Gläubigern zur Last, zu deren Gunsten die Hinterlegung erfolgt ist, d. h. in erster Linie den Vollstreckungsgläubigern und in zweiter Linie dem Vollstreckungsschuldner. Für das Verhältnis dieser Personen untereinander aber gilt die Regel des § 788 der ZPO., wonach der Vollstreckungsschuldner die Kosten des Vollstreckungsverfahrens zu tragen hat. Die Kosten der Hinterlegung bilden in diesem Fall einen Teil der Vollstreckungskosten, und falls es zu einem Verteilungsverfahren kommt, sind sie als Kosten dieses Verfahrens von der Masse vorweg in Abzug zu bringen, ZPO. § 874 Abs. 2.[3])

Zweifel können nur entstehen, falls die Rücknahme der Hinterlegung erst dann erfolgt, wenn außer den durch die Hinterlegung selbst verursachten Kosten noch andere erwachsen sind, insbesondere bereits ein Verteilungsverfahren eingeleitet ist. Denn wenn auch die Kosten der Hinterlegung zu den Kosten des Vollstreckungsverfahrens zu rechnen sind, so sind doch nicht umgekehrt die letzteren zu den Kosten der Hinterlegung zu rechnen. Während also im Verhältnis zwischen den Vollstreckungsgläubigern und dem Vollstreckungsschuldner dem letzteren die Kosten des Verteilungsverfahrens zur Last fallen, können diese dem Drittschuldner nach § 381 des BGB. nicht auferlegt werden. Da auch ein anderer Rechtsgrund für eine Haftung des Drittschuldners, der ja bei der Rücknahme nur von seinem Rechte Gebrauch macht, nicht vorhanden ist, so muß der Vollstreckungsschuldner die Kosten des Verteilungsverfahrens endgültig tragen. Dieses Ergebnis möchte auf den ersten Blick als unbillig betrachtet werden, in der Tat aber ist die Unbilligkeit nur eine scheinbare. Der Vollstreckungsschuldner ist ebenso wie die Vollstreckungsgläubiger jederzeit in der Lage, durch Annahme der Hinterlegung deren Rücknahme seitens des Drittschuldners auszuschließen (BGB. § 378 Abs. 2 Ziff. 1), da er ja durch die dem Drittschuldner obliegende Anzeige (BGB. § 374 Abs. 2) von der Hinterlegung unverzüglich benachrichtigt wird.

[1]) Daß der Drittschuldner unter Umständen Einwendungen nach § 766 der ZPO. erheben kann (Seuffert a. O. Anm. 2 zu § 793) steht damit nicht im Widerspruch.

[2]) Siehe jedoch OLG. Bamberg in dieser Zeitschrift Jahrg. 2 S. 21.

[3]) Seuffert a. O. Anm. 1 zu § 874.

Unterläßt er die Annahme, so trägt er selbst schuld daran, daß der Drittschuldner die Hinterlegung zurücknimmt, dadurch die Durchführung des Verteilungsverfahrens vereitelt und so seinem Gläubiger, dem Vollstreckungsschuldner, unnötige Kosten verursacht. Unterbleibt aber die Annahme der Hinterlegung deshalb, weil der Drittschuldner die Anzeige unterlassen hat, so trifft zwar den Vollstreckungsschuldner kein Vorwurf und er hat doch den Schaden zu tragen, allein der Drittschuldner ist verpflichtet, ihm diesen Schaden zu ersetzen (BGB. § 374 Abs. 2).

* * *

Das Ergebnis der Ausführungen läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen: Die ZPO. bestimmt die Voraussetzungen der Hinterlegung, die befreiende Wirkung tritt jedoch nur nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, jetzt des BGB. ein. Insbesondere ist auch nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen, ob die Hinterlegung zurückgenommen werden kann oder nicht, und welche Bedeutung dies für die befreiende Wirkung der Hinterlegung hat.

Wenn dem gegenüber fast allgemein der Hinterlegung des § 853 schon nach der ZPO. endgültige und den Drittschuldner befreiende Wirkung beigelegt wird, so erklärt sich dies abgesehen vielleicht von einem Nachklang des früheren Rechts, wohl hauptsächlich daraus, daß man zwei wesentlich verschiedene Begriffe, nämlich Endgültigkeit der Hinterlegung und Schuldbefreiung nicht gehörig auseinander hält und deshalb keinen von ihnen in seiner Bedeutung für den § 853 genauer prüft. Man geht im Hinblick auf das Verteilungsverfahren von der Annahme aus, daß die Hinterlegung nicht zurückgenommen werden könne, und folgert aus dem Ausschluß der Rücknahme ohne weiteres die Befreiung des Drittschuldners, ohne zu bedenken, daß diese Folgerung weder logisch noch rechtlich notwendig ist. Daß aber die herrschende Meinung in der Tat dem Rechte der ZPO. nicht entspricht, das sollte hier nachgewiesen werden.

Mitteilungen aus der Praxis.

Rechtsschutz des bayerischen Jagdberechtigten gegen Jagdgefährdung durch fremde Hunde. I. § 17 der Allerh. VO. vom 5. Oktober 1863 lautet: „In den Jagdrevieren aufsichtslos umherstreifende Hunde dürfen von dem Jagdausübungsberechtigten getötet werden." Die Auslegung dieser Vorschrift in Wissenschaft und Praxis ist bekannt; nur gegen einen Satz soll hier Stellung genommen werden, als schütze sie auch gegen den Anspruch auf Schadensersatz für den getöteten Hund. Es ist außer Zweifel, daß die Frage nach einer Schadenshaftung für die bei Ausübung der Jagd vorgenommenen Handlungen dem bürgerlichen Recht angehört, und daß, da nach Art. 69 des EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd unberührt blieben, auch das allgemeine bürgerliche Recht durch das Landesrecht geändert werden kann. Die fernere Geltung des § 17 ist daher nicht anzutasten, aber zu untersuchen, ob er das allgemeine bürgerliche Recht ändert, oder in welcher Beziehung er sonst zu ihm steht. Ersteres ist zu verneinen; denn sonst müßte er selbst bürgerlichrechtlicher Natur sein, was nicht der Fall ist. Inhaltlich überträgt er nicht etwa eine staatliche polizeiliche Befugnis auf den Jagdberechtigten, sondern gewährt ihm zu seinem Schutze eine Befugnis zur Selbsthilfe, zu einer gegen fremdes Eigentum gerichteten Nothandlung. Die nach Tit. VII § 2 der Verfassungsurkunde für eine solche Vorschrift nötige Gesetzesform ist durch die in einem formellen Gesetze (Art. 229 bzw. 125 mit 159/II des PStB.) gewährte Ermächtigung zum Verordnungswege erfüllt. Ausdrücklich ist dort aber nur die Befugnis zum Erlaß „jagdpolizeilicher Vorschriften", einer Polizeiverordnung, erteilt, also zur Aufstellung von Geboten und Verboten, deren Nichtbefolgung mit Strafe bedacht ist. Die Verordnung gehört dem Strafrechte an und steht unter der Strafdrohung des § 23 des Jagdgesetzes in der Fassung des Art. 11 AG. z. StPO.; zu dem Inhalt jener Polizeiverordnung gehört aber außer Verbots- und Gebotsnormen auch eine Vorschrift, welche einen Tatbestand als nicht strafbar erklärt; nur als solche kann § 17 aufgefaßt werden: nie konnte auf Grund jener Ermächtigung ein Rechtssatz des bürgerlichen Rechts geschaffen werden, nie eine Vorschrift, welche etwa einen Fall der dem bürgerlichen Rechte angehörenden Notstandshandlungen regelte, welche zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 227, 228, 229, 904 BGB. hinzuträte oder sie änderte; daß § 17 jene Bedeutung auch nicht haben will, geht aus Art. 13 des Jagdgesetzes hervor, der die Schadenshaftung des Jagdberechtigten ganz allgemein vorbehält, ihre Regelung stillschweigend dem bürgerlichen Rechte überlassend. Sicher ist somit, daß § 17 nicht zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Notstands- und Selbsthilfehandlungen gehört, sondern daß auch auf dem Gebiete der Jagdausübung hierüber allein das BGB. entscheidet.[1]) Nun könnte die Vorschrift des § 17 aber doch insofern von Einfluß auf das bürgerliche Recht sein, als das Vorhandensein jener Erlaubnis eine Schadenshaftung ausschlösse. Aber auch dem ist nicht so. Jene Meinung kann sich nur auf § 823 BGB. stützen, indem sie dort die Grundlage der Schadenshaftung für die Tötung eines fremden Hundes findet und das dort aufgeführte Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit als durch die Erlaubnis des § 17 ausgeschlossen erachtet; so sagt z. B. auch der Staudinger'sche Kommentar zu § 823 BGB. Anm. II B 1, die Befugnis zur Verletzung fremder Rechte könne sowohl auf privatrechtlicher als auf öffentlichrechtlicher Regel beruhen. Das BGB. gibt nirgends eine Bestimmung des Begriffes der Widerrechtlichkeit, wenn es auch bestimmte Fälle aufzählt, die es nicht als widerrechtlich ansieht; wenn es

---

[1]) Nicht entgegen RG. in Strafsachen Bd. 34 S. 295, welches die Anwendbarkeit des BGB. bejaht, nachdem es für das betr. Rechtsgebiet das Vorhandensein einer dem § 17 ähnlichen landesrechtlichen Vorschrift verneint hatte — denn dort handelte es sich um eine Strafsache.

auch nicht richtig wäre, von einem eigenen Begriffe der Widerrechtlichkeit des Strafrechtes und des Zivilrechtes zu sprechen, so sagt doch der Umstand, daß eine Handlung nicht mit Strafe bedroht ist, für das bürgerliche Recht nichts; auch die ausdrückliche Betonung des Strafrechtes, „daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden" sei, ist für das bürgerliche Recht ohne Wirkung, auch für den Begriff seiner Widerrechtlichkeit; denn die gleichen Tatbestände des Strafrechtes (§ 51, 53, 54 StGB.) werden vom BGB. (§ 827, 227, 228) noch eigens unter den Gesichtspunkte der Widerrechtlichkeit gebracht (vgl. hierzu Endemann, Lehrbuch 9. Aufl. Bd. I S. 430). Neben diesen einzelnen Fällen aber den allgemeinen Begriff der Widerrechtlichkeit, wie ihn das BGB. kennen will, festzustellen, begegnet bedeutenden Schwierigkeiten. Außer den Fällen, in denen es selbst die Widerrechtlichkeit ausschließt, wird man vor allem alle rechtlich begründeten Handlungen der obrigkeitlichen Gewalt für rechtmäßig erklären müssen und ferner alle Handlungen, welche die Betätigung eines befriedeten subjektiven Rechtes enthalten, die Rechtskollision; keiner dieser Fälle scheint mir aber bei einer Handlung nach § 17 zuzutreffen; keineswegs wird dort ein subjektives Recht verliehen, das etwa aus dem Jagdrecht fließt, sondern nur eine einfache Erlaubnis zu einer Handlung erteilt. Mag man zu dieser heiklen Frage stehen, wie man will, es kommt darauf nicht an; denn die Argumentation mit § 823 BGB. trifft überhaupt für die Untersuchung der Schadenshaftung nicht zu; ein Zusammenhang zwischen ihm und den §§ 227, 228, 904 BGB. der Art, daß dort der Tatbestand für einen Schadensanspruch aufgestellt, hier eines seiner Tatbestandsmomente, die Widerrechtlichkeit, negativ festgestellt wäre, ist nicht vorhanden; vielmehr wird dort die Materie der unerlaubten Handlung und der Schadenshaftung hieraus, hier die der Nothandlungen und der Schadenshaftung bei solchen geregelt; daran ist trotz des undeutlichen Ausdruckes der §§ 227 ff. festzuhalten; sollten diese nur eine Fortsetzung oder Ausführung des § 823 sein, ja wäre nur in letzterem die Norm der Schadensersatzpflicht für die Handlungen der §§ 227 ff. festgelegt, so hätten sie auch dort Stellung finden müssen. Ihr Inhalt selbst zeigt aber, daß die Rechtsätze über die Ersatzpflicht des durch Nothandlungen verursachten Schadens nicht in § 823, sondern in ihnen selbst niedergelegt sind. In § 227 ist nun allerdings eine Befreiung von Schadensersatzpflicht nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber schon aus dem inneren Grunde des rechtswidrigen Verhaltens des Angreifers (§ 254) zu folgern; es ergibt sich dies auch wiederum durch Rückschluß aus den folgenden Paragraphen. Deutlich aber wird die Schadensersatzpflicht trotz des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit in § 228 Satz 2[1]) und in den §§ 229 mit 231 festgestellt. Bestünde hier eine unmittelbare Beziehung zu § 823, so müßten die Fälle der Schadenshaftung einfach unter dessen Regel fallen; und, wenn trotzdem eine Haftung mangels Widerrechtlichkeit in § 228 und 231 normiert ist, so wäre hier eine Ausnahme von der Regel des § 823 anzunehmen, die infolge der großen räumlichen Trennung von der Regel nicht zu erkennen wäre. § 904 endlich spricht überhaupt nicht von Widerrechtlichkeit, sondern knüpft die Schadenshaftung einfach an eine Handlung, der der Angegriffene sich nicht erwehren darf. **Wir haben es also mit einer durchaus selbständigen Regelung von Nothandlungen und der Schadenshaftung hieraus im BGB. zu tun**, die nur gleichfalls durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts stärkerer Geltungskraft beeinträchtigt werden kann; nun gibt zwar § 17 nur das Recht zu einer solchen Nothandlung, nicht etwa irgend ein subjektives Recht, allein er ist nicht bürgerlichrechtlicher Natur, und demzufolge muß auch diese Nothandlung in ihrer Wirkung hinsichtlich des Schadensersatzes dem allgemeinen bürgerlichen Recht der §§ 227 ff., 904 und nur diesem unterstellt werden. Bisher scheint diese Ansicht noch nicht vertreten worden zu sein; aber wenigstens die Geltung des BGB. neben § 17 ist außer Zweifel (vgl. RG. in Strafsachen Bd. 34 S. 295 für ein Rechtsgebiet ohne landesrechtliche Tötungsbefugnis, und Bd. 36 S. 230 für das Gebiet des pr. allg. LR., das in Teil II XVI § 64—67 eine ganz ähnliche Vorschrift enthält wie § 17, ferner Wirschinger, Jagdrecht S. 222). Schon bei dieser engeren Meinung folgt aber, daß, **auch wenn § 17 in seiner bisherigen Auslegung nicht zutrifft, aber der Fall des § 228 BGB. gegeben ist** (beide Vorschriften decken sich durchaus nicht), **mangels Widerrechtlichkeit des Handelns sowohl Straflosigkeit als auch Ausschluß der Schadenshaftung eintreten muß.** Unsere Meinung geht nur darüber hinaus, indem sie **dem § 17 nur Einfluß auf die Strafbarkeit der Sachbeschädigung zuspricht, für die Frage der Schadenshaftung aber allein bürgerliches Recht anwendet.** Hier kommt es nur auf § 228 BGB. an[1]); seine Erfordernisse sind gegeben, wenn der fremde Hund das Jagdrecht „gefährdet", also nicht schon bei einem bloßen aufsichtslosen Bewegen in der Jagdflur, sondern erst bei Nachspüren, Verfolgen von Wild, wodurch die Möglichkeit eröffnet ist, daß das Wild ergriffen, zerrissen oder dauernd von seinem Standort vertrieben, und so die wirtschaftliche Ausnützung des Jagdrechts geschmälert werde. **Es kommt dabei weder auf Aufsichtslosigkeit an**, noch versagt das Notrecht, wenn etwa **ein übergelaufener Hund** diese Gefährdung hervorruft (entgegen Bl. f. RA. XL. S. 373) In dem bloßen Aufstöbern von Wild kann aber diese Gefahr regelmäßig noch nicht erblickt werden, da erfahrungsgemäß namentlich das Niederwild dadurch noch nicht dauernd vertrieben wird. Man muß von dem erfahrenen Jäger (nur er verdient den Schutz) erwarten, daß er diese Gefahr abschätzen kann; es wird ihm dies auch meist leichter sein, als sich zu vergewissern, ob der Hund wirklich aufsichtslos ist; das Tötungsrecht wird sich demzufolge meist nur gegen gewohnheitsmäßig jagende Hunde richten oder auf bestimmte Verhältnisse, (tiefer Schnee, Setzzeit des Wildes) beschränken. Endlich kann sich der Jäger auch mit einem nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Irrtum über die Voraussetzungen des § 228 sowohl straf- als zivilrechtlich entschuldigen (Gegensatz aus § 231 BGB.). Ein gleiches gilt auch von dem weiteren Erfordernis des § 228, daß die Gefahr, d. h.

[1]) Es ist zu bemerken, daß § 228 Satz 1 und Satz 2 nicht hinsichtlich der Widerrechtlichkeit, sondern der Schadensersatzpflicht in Gegensatz stehen.

[1]) § 228 trifft den Fall, daß die Gefahr **durch** die fremde Sache **verursacht** ist, § 904 opfert schlechthin eine fremde Sache, welche der Beseitigung einer Gefahr entgegensteht.

hier die besorgte Vermögensschädigung, und der Wert des fremden Hundes nicht außer Verhältnis stehen dürfen. Es war hier immer von einer Gefahr für das Vermögen die Rede; nur in seiner wirtschaftlichen Bedeutung kann nämlich das Jagdrecht vom bürgerlichen Recht geschützt werden, mag auch dem bayer. Jagdgesetz noch die Auffassung einer gewissen ritterlichen Uebung zugrunde liegen, die wir jetzt am besten mit Sport bezeichnen; dieser gehört aber ohne Zweifel nicht zu den von § 228 wie 823 geschützten Rechtsgütern, wie auch in der Regel der Affektionswert vom BGB. unberücksichtigt bleibt. Nur insoferne der Inhalt des Jagdrechtes das Recht auf ausschließliche Gewinnung und Verwertung von Sachen von Wert bedeutet, darf es vom bürgerlichen Recht berücksichtigt werden, nur auf eine Schädigung dieser wirtschaftlichen Ausbeutung kann es ihm ankommen. Dieser Gedanke allein muß auch schon dazu führen, den § 17, der das völlig außer acht läßt, als Grundlage der Schadensersatzpflicht abzulehnen; es würde sonst eine wirklich anomale Bestimmung in das bürgerliche Recht hineingetragen.

II. Zum Schutze jenes Vermögensrechtes gibt es indes außer dem Notrecht des § 228 BGB. auch den ordentlichen Weg der Klage; auch deshalb ist es gerechtfertigt, das Notrecht einzuschränken. Auf den ersten Blick liegt dies nicht so ganz klar. § 833 BGB. trifft nur die Fälle, in denen ein fremder Hund eine Sache beschädigt, also das Wild körperlich verletzt, nicht aber den der dauernden Vertreibung des Wildes. § 833 BGB. begründet bekanntlich eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze, daß Haftung nur bei Verschulden eintritt; klar ist, daß diese auch im Falle des Verschuldens eintritt: allein der Schluß a minore ad maius aus § 833 würde eben auch nur die drei Fälle der Tötung oder Körperverletzung eines Menschen oder der Sachbeschädigung (§ 833) treffen; von der gemeinen Meinung werden nun alle anderen Fälle des Tierschadens unter § 823 BGB. eingereiht (vgl. Planck II 629, Staudinger Anm. 6 zu § 833, Oertmann II 570). In den Motiven Bd. II S. 811 wird bei dem nachmaligen § 833 ausgeführt, man sei zwar einig, daß der Tierhalter schon aus den allgemeinen Bestimmungen (dem nachmaligen § 823) hafte, wolle aber gleichwohl diesen Fall besonders kodifizieren. Der so entstandene § 734 entsprach daher auch vollkommen dem in § 704 (jetzt 823) niedergelegten Tatbestande, indem er das Verschulden des Tierhalters auf die Außerachtlassung der Vorsichtsmaßregeln abstellte; im weiteren Verlauf wurden aber dann an Stelle von „Beschädigungen" schlechthin jene drei bestimmten Fälle gesetzt (die Materialien geben hierfür keine Gründe wieder). Hierauf wurde das Verschuldungsprinzip erst teilweise, endlich ganz aufgegeben (Protokolle Bd. II S. 646, Bd. VI 202). Hätte der Wille, in § 833 die Haftung des Tierhalters abschließend zu regeln, (von dem auch noch die Denkschrift S. 102 spricht), noch bei der endgültigen Beschlußfassung vorgeherrscht, so müßte man sich tatsächlich auf die Fälle des § 833 beschränken; aber nachdem hier aus dem Entwurf etwas so ganz anderes, ein bloßer Spezialfall, wurde, ist anzunehmen, daß die allgemeine Regel doch wieder in § 823 zurückgebannt wurde, aus dem sie auch leicht entwickelt werden kann. Für uns ergibt sich daraus: Unter die in § 823 geschützten sonstigen Rechte muß auch das Jagdrecht gezählt werden; aber eine Haftung findet nur statt, wenn ein Schaden entstanden ist; auch hier kann es sich nur um den wirtschaftlichen Wert des Jagdrechtes handeln; es muß sich also, da das Wild noch nicht zum Vermögen des Jagdberechtigten gehört, um einen entgangenen Vermögenswert (§ 252 BGB.) handeln. Dies wird sich in den Fällen der Vertreibung des Wildes durch Hetze oder Beunruhigung nicht immer leicht feststellen lassen; nur der Jäger, welcher seinen Wildstand, sein Revier und die Vorgänge darauf gründlich kennt, wird hier unter Eid Behauptungen aufstellen können; nur ein solcher aber darf füglich als Kläger auftreten. Der Nachweis des Verschuldens des Tierhalters durch vorsätzliches oder fahrlässiges Jagenlassen seiner Hunde wird ihm dann auch nicht schwer fallen; daß das aufsichtslose Umherlaufenlassen der Hunde vom Gesetze als unerlaubt angesehen wird, bestätigt § 17, und wenn man einen Tierhalter durch eine Warnung von dem Treiben seines Hundes in Kenntnis setzt, so ergibt sich für ihn die Verpflichtung zur gehörigen Verhinderung des Streunens, deren Außerachtlassen dann sein Verschulden begründet. In manchen Fällen wird eine Schadensersatzklage gegen den Hundebesitzer, von der bisher kaum Gebrauch gemacht worden ist, der Selbsthilfetötung vorzuziehen sein, besonders wo es sich um wertvolle Hunde handelt, oder wenn ein Hofbesitzer gewohnheitsmäßig seine Hunde jagen läßt.

Dr. E. v. Ziegler in Berlin.

Sind die Amtsgerichte zuständig zur Beurkundung von Vereinbarungen des unehelichen Vaters und der unehelichen Mutter über deren Ansprüche nach §§ 847 und 1300 BGB.? Diese Frage wurde in einer Mitteilung auf S. 79 dieser Zeitschrift verneint. Meines Erachtens mit Unrecht, wie sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 15 AG. z. GVG. (Art. 167 I des AG. z. BGB.) ergibt. Der 1. Entwurf eines Gesetzes, der durch die Einführung des BGB. veranlaßten Aenderungen der seit 1818 erlassenen Gesetze betr., enthält in dem sich mit der Abänderung des Art. 15 AG. z. GVG. befassenden Art. 34 (Ziff. I Abs. 2 Satz 1) lediglich folgende Bestimmung: Die Amtsgerichte sind zuständig für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine an Stelle dieses Unterhalts zu gewährende Abfindung (Becher, Materialien zum AG. z. BGB. Bd. II S. 25). Erst in der Ausschußverhandlung der Kammer der Reichsräte wurde durch den Reichsrat Dr. v. Schmitt der Antrag eingebracht, dem Satze 1 Abs. 2 Ziff. I des Art. 34 AG. z. BGB. (Art. 15 AG. z. GVG. Abs. 2) folgenden Satz beizufügen: Die Zuständigkeit des Amtsgerichts als Vormundschaftsgericht erstreckt sich auch auf den Vertrag zwischen dem Erzeuger des unehelichen Kindes und der Mutter über deren Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlaf, wenn dieser Vertrag zugleich mit dem zuerst bezeichneten Vertrag (Satz 1) abgeschlossen wird. Dieser Antrag wurde damit begründet, daß es praktisch sei, wenn vor den Amtsgerichten auch über die Deflorationsansprüche der Kindsmutter eine Vereinbarung getroffen werden könne, damit zusammengehörige Geschäfte nicht zerrissen würden und die Leute nicht von einer Behörde zur andern geschickt werden müßten. Der Kgl. Ministerialkommissär Dr. v. Jacubezky erklärte, daß die

Kgl. Staatsregierung mit der vorgeschlagenen Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte einverstanden sei, wobei er u. a. ausführte, der Deflorationsanspruch werde in Zukunft nicht häufig vorkommen, weil das BGB. ihn nur unter besonderen Umständen (§ 847 Abs. 2, § 1300) gewähre. Der Ministerialkommissär schlug vor, der Bestimmung des Art. 15 Abs. 2 Satz 1 des AG. z. GVG. folgenden Wortlaut zu geben: Die Amtsgerichte sind neben den Notaren zuständig für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung sowie für die Beurkundung einer Vereinbarung zwischen dem Vater des unehelichen Kindes und der Mutter über die der Mutter aus der Beiwohnung und der Entbindung entstandenen Ansprüche, sofern diese Vereinbarung mit der Vereinbarung über den Unterhalt des Kindes in derselben Urkunde verbunden wird (Becher a. a. O. II S. 429 ff., 501 ff.). Diesen Wortlaut erhielt die Bestimmung auch durch die Redaktionskommission des Just.-Ges.-Ausschusses d. K. d. Reichsräte (Becher II S. 531). In der gleichen Form wurde die Bestimmung zum Gesetz erhoben. Im Ausschuß und in der Plenarverhandlung d. K. d. Abg. wurde die Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte nach der fraglichen Richtung hin als Verbesserung des Gesetzes bezeichnet und ebenfalls hervorgehoben, daß es begrüßenswert sei, daß die zusammengehörigen Ansprüche des Kindes und der Kindsmutter von einer und derselben Behörde beurkundet werden könnten. Es ist auch hier nur allgemein die Rede von den „Ansprüchen der Kindsmutter aus dem außerehelichen Beischlaf" und von „Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und der Geschwächten selbst" (Becher a. a. O. II S. 563 ff., III S. 234 ff.). Es kann sohin nicht der geringste Zweifel darüber bestehen, daß die Gesetzgeber bei der Schaffung der betreffenden Bestimmung die Absicht hatten, daß die Amtsgerichte zur Beurkundung sämtlicher Vereinbarungen zwischen dem unehelichen Kinde und der Kindsmutter einerseits und dem unehelichen Vater andrerseits zuständig sein sollten, soweit sich die Vereinbarungen auf die Ansprüche des Kindes auf Unterhalt und auf die mit der erfolgten Beiwohnung im ursächlichen Zusammenhang stehenden Ansprüche der Kindsmutter beziehen, und daß die Gesetzgeber bei den Ansprüchen der Kindsmutter aus der Beiwohnung gerade die Bestimmungen der §§ 847 Abs. 2 und 1300 BGB. im Auge hatten. Dieser Wille der Gesetzgeber ist auch in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zum Ausdruck gekommen. Unter den aus der Beiwohnung entstandenen Ansprüchen der Mutter sind alle die Ansprüche zu verstehen, die zur Voraussetzung haben, daß es zwischen den Betreffenden zu einem außerehelichen Beischlaf gekommen ist. Hierbei ist es gleichgültig, welche weitere Voraussetzungen neben der Beiwohnung noch vorhanden sein müssen, um den Anspruch zur Entstehung gelangen zu lassen, und was als eigentlicher Grund des Anspruchs zu betrachten ist. Es darf nicht übersehen werden, daß es sich lediglich um eine Zuständigkeitsbestimmung handelt, in welcher über den Grund der Ansprüche, bezüglich deren die Zuständigkeit geregelt werden soll, nicht entschieden werden wollte und nicht entschieden werden konnte, und daß sich die Zuständigkeit nicht auf die Entscheidung von Streitigkeiten über diese Ansprüche, sondern nur auf die Beurkundung von Vereinbarungen bezieht. Demnach bedarf es keiner ausdehnenden, sondern nur der richtigen, dem Willen der Gesetzgeber entsprechenden Auslegung des Art. 15 AG. z. GVG., um unter dieser Bestimmung die Beurkundung von Vereinbarungen über Ansprüche aus §§ 847 Abs. 2 u. 1300 BGB. fallen zu lassen. Belanglos ist es, ob die Gesetzgeber das Wesen dieser letzteren Bestimmungen richtig erkannt haben oder nicht, maßgebend ist vielmehr einzig und allein, daß die Gesetzgeber wollten, daß die Beurkundung von Vereinbarungen über Ansprüche der in Frage kommenden Art in die Zuständigkeit der Amtsgerichte fallen sollten und daß dieser Wille in erkennbarer Weise zum Ausdruck gelangt ist. Nur nebenbei sei bemerkt, daß man daraus, daß bei den Beratungen über die betreffende Bestimmung von Deflorationsansprüchen die Rede war und daß darunter auch die Ansprüche aus §§ 847 Abs. 2 u. 1300 BGB. verstanden wurden, nicht ohne weiteres folgern kann, „daß man damals das Wesen dieser Ansprüche verkannte".

Amtsrichter **Kraus** in München.

Zu § 222 StPO. Nicht selten ergibt sich die Notwendigkeit, nach Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schöffengerichte Personen als Zeugen zu vernehmen, die sich zwar am Sitze des Gerichts aufhalten, aber wegen dauernder Krankheit oder Gebrechlichkeit oder deshalb in der Hauptverhandlung nicht erscheinen können, weil sie vor dem angesetzten Termin eine Reise mit unbestimmter Dauer unternehmen oder nur vorübergehend am Sitze des Gerichts und sonst in weiter Entfernung an wechselnden Orten (Geschäftsreisende) sich aufhalten. Es besteht das Bedürfnis, daß diese Personen schon vor der Hauptverhandlung vernommen werden und daß ihre Aussagen verlesen werden können. Die Strafprozeßordnung kommt ihrem Wortlaute nach diesem Bedürfnisse nicht entgegen. Sie regelt in § 222 zwar die sog. kommissarische Vernehmung, setzt dabei aber die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter voraus, mithin die Vernehmung durch ein einzelnes Mitglied des mit der Sache befaßten Kollegiums, zunächst der Strafkammer, bzw. die Vernehmung durch ein **anderes** um Rechtshilfe angegangenes Gericht (vgl. Löwe, GVG. Note 6 b zu Titel 13). Die Notwendigkeit und Möglichkeit der Rechtshilfe scheidet in den Fällen aus, in welchen Beweis im Bezirk des erkennenden Gerichts erhoben werden soll. Der Amtsrichter kann auch keinen andern Richter des mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichts mit der Beweisaufnahme „beauftragen", auch nicht der dienstaufsichtführende Richter, denn außerhalb der Hauptverhandlung entscheidet der Amtsrichter als Einzelrichter mit völliger Selbständigkeit (§§ 30 Abs. 2, 22 GVG.). Ein anderer Amtsrichter kann für ihn nur nach den Grundsätzen der Stellvertretung eintreten, wenn er selbst verhindert ist. Trotz der engen Fassung des Gesetzes muß aber die Vornahme solcher einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung für zulässig erachtet werden. Zuständig hierzu ist der nach § 30 Abs. 2 a. a. O. berufene Amtsrichter oder sein Stellvertreter. Gegen die Verlesung der Aussagen in der Hauptverhandlung besteht ebenfalls kein prozessuales Bedenken, wenn gemäß § 223 StPO. den Prozeßbeteiligten die Anwesen-

heit bei der Vernehmung gestattet war. § 250 Abs. 2 nimmt zwar zunächst auf die kommissarische Vernehmung durch einen ersuchten oder beauftragten Richter Bezug. Die Garantien, welche in diesen Fällen die Verlesung in der Hauptverhandlung zulässig machen, sind aber auch hier gegeben. Der begrüßenswerte Standpunkt der Rechtsprechung des Reichsgerichts hinsichtlich der Verlesung von Protokollen ausländischer Gerichte zeigt, daß man in solchen Fragen den Bedürfnissen der Praxis Rechnung tragen muß. Die gegenteilige Meinung würde zu unannehmbaren Ergebnissen führen. In einer Hauptverhandlung vor dem SchG. bei dem AG. München I könnte z. B. zwar ein Protokoll des AG. München II über die Vernehmung eines im Krankenhause in Pasing befindlichen Zeugen, nicht aber ein Protokoll des AG. München I über die Vernehmung eines hier krank liegenden Zeugen verlesen werden. In den landläufigen Kommentaren habe ich Erörterungen über diese in Großstädten häufig brennend werdende Frage nicht gefunden. Note 11 zu § 222 bei Löwe trifft diesen Fall nicht.

Amtsrichter Bleyer in München.

Zu Art. 1 des Unschädlichkeitsgesetzes. Nach Art. 1 des Gesetzes das Unschädlichkeitszeugnis betr. vom 15. Juni 1898 wird die Teilfläche eines mit Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden oder Reallasten belasteten Grundstückes bei ihrer Veräußerung ohne Einwilligung der Berechtigten von den Belastungen frei, wenn vom zuständigen Amtsgerichte festgestellt ist, daß die Veräußerung für die Berechtigten unschädlich ist. Kann diese Bestimmung auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein ganzes Grundstück von einem auf einem Grundbuchblatte vorgetragenen Gutskomplexe abgeschrieben werden soll? Den Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage bildet Art. 120 EG. z. BGB. Auch hier ist allerdings nur die Rede von der Veräußerung eines „Teiles eines Grundstücks." Daß diese Bestimmung, buchstäblich genommen, zu großen Härten führen kann, zeigt die Praxis tagtäglich. Ein Teil eines Grundstücks, für den das Unschädlichkeitszeugnis erteilt wird, kann unter Umständen für den Gläubiger wertvoller sein, als ein ganzes, eine Plannummer führendes Grundstück, das mit einem großen Gutskomplexe dem Gläubiger verpfändet ist. Umfaßt z. B. der ganze Gutskomplex 120 Tagwerk, das einzelne abzuschreibende Grundstück 50 Dezimalen, so kann es doch nur als ein Hindernis des Immobilienhandels und der Grundbuchsbereinigung erachtet werden, wenn für die Abschreibung die Zustimmung eventuell sehr vieler Hypothekengläubiger notwendig ist, anstatt daß auch hier wegen der Geringfügigkeit des Gegenstandes der einfache Weg der Unschädlichkeitserklärung beschritten wird. Zweck des Unschädlichkeitsgesetzes ist es einerseits, einer chikanösen Rechtsausübung des Gläubigers entgegenzutreten, andrerseits die Sicherheit des Gläubigers der Uebereignungsbefugnis des Schuldners gegenüber zu erhalten. Daß es in letzter Hinsicht weniger auf das Maß der Sicherheit, die das einzelne Grundstück leistet, als vielmehr auf das Maß der Sicherheit, die ein ganzer derselben Forderung verpfändeter Grundbesitz bietet, ankommt, geht aus der Bestimmung des Art. 2 Abs. I Satz 2 a. a. O. deutlich hervor. Nach dieser Bestimmung gelten mehrere Grundstücke, auf die sich eine Belastung erstreckt, im Verhältnisse zu dem Trennstück als ein Grundstück. Weiterbauend auf diesem Rechtssatze wird man der Auslegung keinen allzu großen Zwang antun, wenn man annimmt, mehrere solche für eine Forderung verpfändete, auf einem Grundbuchblatte vorgetragene Grundstücke bilden für die Forderung dergestalt ein einheitliches Ganzes, daß die Abschreibung einer einzelnen solchen Katasterparzelle dem Gläubiger gegenüber für unschädlich erklärt werden kann. Unbedingt finden obige Bestimmungen über das Unschädlichkeitszeugnis Anwendung auf die Fälle des § 890 BGB. Dieser hat zwei Rechtsakte zum Gegenstand! Den der Vereinigung und den der Zuschreibung. Zwischen beiden besteht ein Unterschied nur dahin, daß sich bei der Zuschreibung eines Grundstückes zu einem andern die Hypotheken des Hauptgrundstücks auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken, während dies bei der Vereinigung zweier Grundstücke nicht der Fall ist. Beide Rechtsakte sind sich aber darin gleich, daß die Grundstücke für die Belastungen, die nach ihrer Vereinigung bzw. Zuschreibung erfolgen, rechtlich als ein Grundstück gelten. Hierzu vgl. Predari GBO. zu § 5, wo Seite 63 ausgeführt ist: „Beide (Zuschreibung und Vereinigung) haben die Wirkung, daß aus den bisher rechtlich getrennten Grundstücken eine einheitliche unbewegliche Sache wird, deren nicht wesentliche Bestandteile jene Grundstücke sind. Von dem Zeitpunkte der einheitlichen Buchung an ist nur eine Liegenschaft als Gegenstand der Uebertragung und Belastung vorhanden, zu der sich die früheren Einzelgrundstücke wie die Teile zum ganzen verhalten." Ist also eine Mehrheit von Katasterparzellen auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatte nach § 5 GBO., § 315 DA. f. d. GBAe. als ein Grundstück vorgetragen und wird hiervon eine Parzelle veräußert, so kann für sie das Unschädlichkeitszeugnis erteilt werden. Wenn in Art. 120 EG. z. BGB. von der Veräußerung eines „Teiles eines Grundstücks" die Sprache ist, so mag dies in der Eigenart des Reichsliegenschaftsrechts seinen Grund haben. Es geht davon aus, daß jedes einzelne Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt erhält (§ 3 GBO.). Nach dem Grundsatze des BGB. und der GBO. haftet dem Pfandgläubiger also in der Regel nur ein Grundstück für seine Forderung. Für Gemeinden mit zersplittertem Grundbesitze wurde sodann § 4 der GBO. geschaffen. Weiter noch geht § 890 BGB. mit § 5 GBO. Diese geben die Möglichkeit, die tatsächlich als ein Grundstück erscheinenden mehreren Grundstücke auch rechtlich als ein Grundstück zu gestalten. Der Unterschied zwischen § 4 und § 5 GBO. besteht also nur in der rechtlichen Wirksamkeit. Tatsächlich bezwecken beide Paragraphen, dem Gläubiger für eine Forderung mehrere Grundstücke zusammen wie eine Liegenschaft haften zu lassen — Gegensatz Gesamthypothek. Mag also das Pfandobjekt aus einer Katasterparzelle oder aus mehreren solchen zu einem Gutskomplexe vereinigten Parzellen bestehen, das Gesetz behandelt es als eine Einheit und so erklärt es sich wohl, daß in Art. 120 EG. z. BGB. vom „Teile eines Grundstücks" die Rede ist.

Notariatspraktikant Zimmermann in Pfaffenhofen.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

§§ 20, 31, 37, 90 ZwVG. Eine Klage gegen den betreibenden Gläubiger auf Freigabe eines angeblichen Zubehörstückes ist abzuweisen, wenn trotz einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung in diese Sache sie gleichwohl (nicht dem betreibenden Gläubiger sondern) einem Dritten als Ersteher bedingt mit zugeschlagen und der betreibende Gläubiger durch das Ergebnis der Zwangsversteigerung voll befriedigt worden ist.

Gründe: Der Kläger hat den Klageantrag in der Berufungsinstanz dahin aufrecht erhalten, daß die Beklagte verurteilt werden soll, den Motor nebst Zubehör „von der Zwangsversteigerung freizugeben", indem er davon ausgeht, daß die Beschlagnahme, die durch den die Zwangsversteigerung anordnenden Beschluß verhängt worden ist (20 II ZwVG.), noch jetzt, obwohl das Zwangsversteigerungsverfahren bereits beendet ist, auf dem Motor ruhe. Wäre dies der Fall, so bliebe gleichwohl zu fragen, welches rechtliche Interesse der Kläger noch jetzt daran haben kann, daß die Beklagte eine Freigabeerklärung in Beziehung auf den Motor abgibt. Denn sie ist inzwischen mit ihrer beizutreibenden Forderung vollständig befriedigt, sie könnte also das Zwangsversteigerungsverfahren gar nicht fortsetzen, könnte sie es aber, so wäre die gesetzliche Frist hierzu (§ 32 ZwVG.) längst verstrichen. Aber der Berufungsrichter hat mit Recht angenommen, daß die Beschlagnahme überhaupt nicht mehr besteht. RGZ. 55, 414 paßt hier nicht, weil dort ausgefallene Gläubiger die Beschlagnahme in Beziehung auf solche Gegenstände, die von der Versteigerung ausgeschlossen waren, als noch fortwirkend geltend machten. Die jetzige Beklagte ist zur Hebung gelangt und der Motor ist in Wahrheit von der Versteigerung nicht ausgeschlossen worden. Ueber letzteres hat sich freilich der Berufungsrichter nicht ausgesprochen und der Zuschlagsbeschluß ist in dieser Beziehung auch keineswegs klar. Zuerst heißt es in ihm, daß der Motor vorläufig von dem Zuschlage ausgeschlossen sei, dann aber heißt es weiter, daß der eventuelle Anspruch gegen den Kläger wegen des Motors dem Ersteher zugeschlagen werde. Wenn dies einen Sinn haben soll, so kann es nur der sein, daß der Subhastationsrichter den Motor als einen im Streit befangenen Gegenstand mit ausgeboten und ihn als solchen d. h. mit der Wirkung dem Ersteher zugeschlagen hat, daß dieser mit dem Kläger den Streit, ob der Eigentumsvorbehalt an dem Motor rechtlich wirksam war, ausfechten soll. Ein solches Verfahren entspricht freilich dem ZwVG. nicht; aber wenn einmal der Zuschlag so ergangen und rechtskräftig geworden ist, muß mit ihm gerechnet werden. Wollte dies der Kläger nicht, so hätte er rechtzeitig gegen den Zuschlag Beschwerde einlegen müssen. Da dies nicht geschehen, muß er jetzt den Zuschlag, wie er ist, gegen sich gelten lassen. Er kann sich also jetzt nur an den Ersteher bzw. dessen Zessionar halten und von ihm die Herausgabe des Motors verlangen, wenn er glaubt, daß durch den Eigentumsvorbehalt eine Haftung des Motors für die auf dem Grundstück eingetragenen Hypotheken ausgeschlossen gewesen, daß daher auch durch den Zuschlag, da dieser nur einen „eventuellen Anspruch" in Beziehung auf den Motor übertrage, Eigentum für den Ersteher nicht begründet worden sei. Jedenfalls ergibt sich hieraus, worauf es für den vorliegenden Rechtsstreit allein ankommt, daß die Beklagte, nachdem einmal die Sachlage durch den Zuschlag diese Wendung genommen hatte, nicht mehr wegen des Motors und auf dessen Freigabe vom Kläger in Anspruch genommen werden kann. Dies war aber schon in erster Instanz bei der ersten mündlichen Verhandlung vom 23. März 1905 der Fall, denn der Zuschlag ist am 7. Februar 1905 ergangen und am 4. März 1905 ist der Verteilungstermin abgehalten worden. Wenn der Kläger trotzdem seinen Antrag nicht geändert und ihn auch noch in zweiter Instanz dahin aufrecht erhalten hat, daß die Beklagte zur Freigabe des Motors verurteilt werden soll, so hat er damit seine Klage der Abweisung ausgesetzt und kann sich über diese nicht beschweren (Urt. V 594/05 vom 16. Juni 06.) — — r.

577

II

Zu §§ 833, 254, 840 BGB. Am 25. Februar 1904 unterhielt sich der Kläger mit dem Beklagten vor dem Hause des letzteren und hielt dabei seine Kuh an der Leine. Der große Hund des Beklagten sprang gegen den Gartenzaun, wovor die Kuh erschreckt davon lief. Der Kläger suchte die Kuh festzuhalten, kam zu Falle, wurde von der Kuh eine Strecke geschleift und erheblich an seiner Gesundheit beschädigt. Der Hund war inzwischen über den Zaun gesprungen und noch eine Strecke hinter der Kuh hergelaufen. Die Vorinstanzen haben angenommen, daß der Kläger von dem Beklagten als Tierhalter Schadensersatz verlangen kann. Das Reichsgericht hat das Urteil aufgehoben und zurückverwiesen. Im philosophischen Sinne (Bedingungslehre) mag das Verhalten des Hundes für den Schaden kausal sein. Allein die Rechtsprechung läßt, wenn es sich um zeitliche aufeinander folgende und miteinander im Zusammenhange stehende Vorgänge handelt, das vorangehende Ereignis nur dann als Ursache des folgenden gelten, wenn es unter gleichen Umständen den tatsächlich eingetretenen Erfolg auch nach den Erfahrungen des täglichen Lebens notwendig oder doch regelmäßig zur Folge hat; hiernach ist das Verhalten des Hundes insofern nicht kausal, als er gegen den Zaun sprang und hierdurch die Kuh erschreckte, kann aber insoweit kausal gewesen sein, als der Hund nach Ueberspringen des Zaunes der Kuh nachlief, in welch' letzterer Hinsicht die rechtliche Würdigung des Berufungsrichters vermißt wird. Ein konkurrierendes Verschulden des Klägers kann darin erblickt werden, daß er die Kuh am Stricke festhielt, während er durch rechtzeitiges Loslassen des Strickes seine Verletzung hätte abwenden können. Sollte die erneute Sachprüfung ergeben, daß sowohl das Verhalten des Hundes als der Kuh für die Beschädigung des Klägers kausal gewesen ist, so wird zu erwägen sein, ob nicht die analoge Anwendung der §§ 840 I, 426 I BGB. dazu nötigt, dem Kläger, weil er dann durch sein eigenes Tier mitverletzt worden wäre, nur anteiligen Schadensersatz zuzusprechen. (Urt. vom 8. III. 1906, IV. Senat. 419/05. Kr.

566

III.

Abtretung der Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H. durch eine Person, die nicht Gesellschafter ist. Unterschied von einem Auftrag zur Erwerbung solcher Anteile. Aus den Gründen: § 15 des Ges. v. 20. April 1892 fordert die gerichtliche oder notarielle Form für die Abtretung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft m. b. H. durch Gesellschafter, den dinglichen Vertrag, und für die Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet werden soll, den obligatorischen Vertrag. Wer nicht Gesellschafter ist, kann den Geschäftsanteil eines Gesell-



schafters mit dessen Einwilligung abtreten und die Abtretung ohne Einwilligung konvaleszirt, wenn der Gesellschafter sie nachträglich genehmigt. (§§ 185 Abs. 2, 184 Abs. 2 BGB.) So kann sich, wer nicht Gesellschafter ist, auch obligatorisch verpflichten. Aber auch in diesem Falle bedarf nach § 15 des Ges. vom 20. April 1892 der dingliche wie der obligatorische Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Form, dagegen nach § 182 Abs. 2 BGB. nicht die Einwilligung oder Genehmigung des berechtigten Gesellschafters. Der Vertrag über fremde Geschäftsanteile kann nicht anders gestellt sein als der über eigene. Hier hat der Kläger dem Beklagten die Anteile der sämtlichen Gesellschafter ohne die Form des § 15 schriftlich verkauft. Am 16. Juli erklärte er, daß er sämtliche Anteile erworben habe. Erworben hat er sie unstreitig am 17. Juli. Damit wurde er befugt, sie abzutreten oder sich zur Abtretung zu verpflichten. Aber beides mußte in gerichtlicher oder notarieller Form geschehen.

Anders wäre wohl zu urteilen, wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt ein Auftragsverhältnis der Art ergäbe, wie es dem Urteil in den Entsch. des RG. 50 S. 43 zugrunde liegt, d. h. wenn der Kläger vom Beklagten beauftragt worden wäre, die Geschäftsanteile für den Beklagten oder für dessen Rechnung auf seinen eigenen Namen zu erwerben. Dann wäre die Klage auf Zahlung des ausgelegten Kaufpreises aus dem Auftrage begründet. Aber davon ist nichts festgestellt. (Urt. d. I. ZS. vom 10. Januar 1906.)

551 ———— n.

IV.

Zu §§ 942, 943 ZPO. Am 1. Juli 1904 erließ das Amtsgericht W. auf Antrag des S. gegen eine Sicherheit von 60000 Mk. gegen B. E. eine einstweilige Verfügung und gab dem Kläger auf, den Beklagten zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. vor das Gericht der Hauptsache zu laden. Kurz darauf erhob S. gegen B. E. Klage zum Landgerichte B. I wegen des Gegenstands der einstw. Verf., die am 27. Juli 1904 zugestellt wurde, und lud ferner den B. E. mit einem am 1. August 1904 zugestellten Schriftsatze vor das Landgericht H. mit dem Antrage, zu erkennen, daß die einstw. Verf. gerechtfertigt sei und B. E. in die Rückgabe der Sicherheit zu willigen habe. Das LG. wies die Klage wegen Unzuständigkeit ab. Berufung und Revision blieben erfolglos.

Aus den Gründen: Das OLG. erachtet die Unzuständigkeit für gegeben, weil das Gericht der Hauptsache im Sinne des § 942 ZPO. hier das Landgericht B. I sei. Es erwägt, daß die bei diesem Gericht am 27. Juli 1904 erhobene Klage die Hauptsache im Verhältnisse zur einstw. Verf. sei, der Kläger der Auflage, den B. E. vor das Gericht der Hauptsache zu laden, erst am 1. August 1904 nachgekommen, dieser Zeitpunkt aber und nicht der der Anordnung der Verfügung für die Bestimmung des Gerichts der Hauptsache entscheidend sei. Die Revision bestreitet nicht, daß die Hauptsache durch jene Klage bei dem Landgerichte B. I anhängig gemacht worden ist, dagegen greift sie die Annahme an, daß sich die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstw Verf. nach dem Zeitpunkt der Ladung bestimme. Allerdings richtet sich die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache für die Anordnung der einstw. Verf. (§ 937 ZPO.) nach dem Eingange des Gesuchs um Erlassung der Verfügung (vgl. JW. 1897 S. 570[26]). Allein hier handelt es sich nicht um die Anordnung der einstw. Verf. seitens des Gerichts der Hauptsache, sondern um die Rechtfertigung der ausnahmsweise von einem anderen Gericht erlassenen Verfügung vor dem Gericht der Hauptsache. Zwischen diesen beiden Gerichten besteht an sich kein Zusammenhang. Das Eingreifen des in dringenden Fällen nach § 942 ZPO. anzugehenden Amtsgerichts verfolgt nur den Zweck, den bisherigen Zustand aufrecht zu erhalten, bis vom Gericht der Hauptsache Verfügung erlassen werden kann. Die Rechtshängigkeit des Verfahrens bei diesem tritt aber nicht mit der Anbringung des Gesuchs um Erlassung der einstw. Verf. sondern durch die Ladung ein. Die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache bestimmt sich daher nach dem Zeitpunkte der Ladung. Da hier zu dieser Zeit die Hauptsache bei dem Landgerichte B. I schon anhängig war, wurde dieses nach §§ 802, 943 Abs. 1 ZPO auch für das Rechtmäßigkeitsverfahren des § 942 Abs. 1 ausschließlich zuständig. Dasselbe gilt von dem weiteren, die Rückgabe der Sicherheit betreffenden Antrage. Dieser kann freilich nicht mit dem OLG. als Antrag aus § 109 ZPO. aufgefaßt und deshalb unter § 943 Abs. 2 nicht gebracht werden. Der mit ihm verfolgte Anspruch ist jedoch nur eine dem Hauptanspruche, die einstw. Verf. zu bestätigen, hinzutretende Nebenforderung, die abhängig vom Hauptanspruch sein Schicksal auch bezüglich der Zuständigkeit teilt. (Urt. des I. ZS. vom 10. März 1906.)

548 ——— n.

V.

Zur Frage der Verjährung des Wandelungsanspruchs. Im März 1900 bestellte der Kläger bei der Beklagten einen Motorwagen. Am 22. März 1900 erfolgte eine Anzahlung; der Wagen wurde am 23. Juni 1900 geliefert und der Rest am 25. Juni 1900 bezahlt. Darauf behauptete der Kläger unter Geltendmachung einer von der Beklagten angeblich übernommenen Garantie das Vorhandensein von Mängeln des Wagens, namentlich, daß der Motor nicht ausreiche, um die Steigungen auf den Straßen in der Umgegend des Wohnorts des Klägers zu bewältigen. Die Beklagte erklärte sich zum Einbauen eines stärkeren Motors bereit. Zu diesem Zweck ging der Wagen im September 1900 an die Beklagte zurück; diese sicherte während des Umbaus dem Kläger mehrfach zu, daß nach Umarbeitung, Einbauung des neuen Motors und Aenderung der Uebersetzungsverhältnisse der Wagen, solange es die Adhäsion zulasse, nun jede vorkommende Steigung nehmen werde. Ende April 1901 wurde der Wagen an den Kläger geschickt. Bei den ersten Probefahrten im Mai 1901 ergab sich, daß zwar die Kraft nunmehr ausreichte, daß aber die Konstruktion — nach Auffassung des Klägers — zu schwach war, weshalb einzelne Teile des Wagens brachen, was der Kläger am 18. Mai und 9. Juni 1901 der Beklagten anzeigte. Bei einer weiteren Fahrt am 11. Juni 1901 brach die Welle. Mit Brief vom 12. Juni 1901 teilte dies der Kläger der Beklagten mit, beanstandete die Konstruktion des Wagens als zu schwach, stellte ihn zur Verfügung und begehrte Rückgabe des Preises. Die Beklagte wies mit Brief vom 18. Juni 1901 die Zurverfügungstellung zurück, erbot sich aber auf Grund ihrer Garantiepflicht zur Lieferung einer neuen Axe und sandte am 17. Juli 1901 den so wiederhergestellten Wagen an den Kläger. Mit Brief vom 5. August 1901 bemängelte der Kläger wiederholt die Konstruktion als zu schwach, die Beklagte lehnte wiederholt die Zurücknahme ab. Am 15. März 1902 erhob der Kläger Klage auf Zurücknahme des Wagens und Rückgabe des Kaufpreises. Die Beklagte beantragte Abweisung, da die Mängel des bei der Ablieferung tadellosen Wagens durch ungeeignete Behandlung verursacht worden seien. Der Kläger bestritt dies und behauptete Verwendung minderwertigen Materials und Fehler in der Konstruktion. Das Landgericht erkannte nach der Klage, das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Das Berufungsgericht hat die Einrede der Verjährung des Wandelungsanspruchs nach § 477 BGB. für begründet erachtet, indem es unter Verneinung des

von dem Kläger behaupteten arglistigen Verschweigens der Mängel seitens der Beklagten die Verjährnng des Wandelungsanspruchs als am 12. Dezember 1901, spätestens aber 1. März 1902, eingetreten angesehen hat. Das ist nicht irrig. Namentlich gilt dies von der auf die Garantieübernahme sich beziehenden Erörterung, wonach, abgesehen von einem besonderen, vom Kläger nicht geltend gemachten Abkommen, trotz der fraglichen, nicht für bestimmte Zeit erfolgten Garantieübernahme die Verjährung des Wandlungsanspruchs in dem Zeitpunkte (12. Juni 1901) begonnen haben würde, in der der Mangel vom Kläger als der Maschine dauernd anhaftend erkannt und rechtzeitig angezeigt worden sei. In Ermangelung eines besonderen vom Berufungsgericht verneinten Abkommens, wodurch eine Verlängerung der für diese Verjährung durch § 477 BGB. bestimmten Frist unmittelbar vereinbart worden wäre, kann nämlich dieser nicht für eine bestimmte Zeit erfolgten Garantieübernahme keinesfalls eine weitergehende Wirkung in bezug auf eine etwaige Verlängerung dieser Verjährungsfrist beigelegt werden als vom Berufungsgerichte zugunsten des Klägers angenommen worden ist. — Wie dies für Fälle, in dem eine bestimmte Garantiefrist bei Käufern festgesetzt war, bereits vom Reichsgerichte aus Gründen entschieden worden ist, die auch für diesen Fall zutreffen, in dem eine zeitlich unbestimmte Garantie übernommen worden ist (vgl. RGZ. 37 S. 81 und Urteil des erk. Sen. v. 8. Mai 1903 II 493/02 Recht 1903 S. 296 Nr. 1612). Es bedarf daher auch keiner Prüfung der Frage, ob die erwähnte Annahme des Berufungsgerichts, die nach vorstehenden Ausführungen als die dem Kläger denkbar günstigste anzusehen ist, insoweit gerechtfertigt ist, als dabei von einem erst mit der Entdeckung der Mängel beginnenden Laufe der Verjährungsfrist ausgegangen ist. (Urt. des II. Sen. v. 27. April 1906 II 421/05).

544. Mitget. v. Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

B. Strafsachen.

I.

Eine Bestrafung wegen unternommener Zolldefraude kann weder aus § 135 noch unter Bezugnahme auf § 136 Ziff. 1 e des Vereinszollgesetzes erfolgen, wenn der Angeklagte des irrigen Glaubens war, die von ihm eingebrachten Waren seien als Rückwaren zollfrei. Aus den Gründen: Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte z. Z. der Einführung der Apparate seinen Beruf als Zauberkünstler aufgegeben, hat die Apparate nicht zur Ausübung seines Berufs bei sich geführt, sondern sie nach Deutschland eingeführt, um sie dort zu verkaufen. Es handelte sich sonach nicht um Artistengut, das zollfrei war. Auch die Annahme, daß nicht zollfreie Retourware in Frage kam, ist zutreffend. Der Angeklagte wußte, wie das Urteil weiter feststellt, daß es sich nicht um Artistengut handele, er machte in dieser Richtung wissentlich unwahre Angaben und handelte, was die Strafkammer gleichfalls als erwiesen erachtet, in der Absicht der Zollhinterziehung. Hiermit wäre an sich der Tatbestand des Vergehens nach § 135 VZG. objektiv und subjektiv ausreichend festgestellt, ohne daß es der Beiziehung der Bestimmungen des § 136 Ziff. 1 lit e und der dort aufgestellten Rechtsvermutung bedurfte. Das Urteil sagt aber weiter, daß der Angeklagte möglicherweise in dem Irrtum befangen gewesen sei, es handele sich um zollfreie Retourware. Diesen Umstand würdigt es nur nach der objektiven Seite, es entzieht sich aber jeder Prüfung, wie weit ein derartiger Irrtum das subjektive Verschulden beeinflussen konnte.

Sowohl bei bloßer Anwendung des § 135 als bei Bezugnahme auf § 136 Ziff. 1 lit e war Voraussetzung der Bestrafung die Kenntnis des Angeklagten von der Zollpflichtigkeit der Ware. Diese Kenntnis bedarf im Falle des § 135 und in den Fällen des § 136 Ziff. 1 lit b u. e der besonderen Feststellung, während sie in anderen Fällen des § 136 als vorhanden vermutet und dem Angeklagten nach § 137 der Gegenbeweis, daß er die Zollpflicht nicht gekannt habe, offen gelassen wird. Würde also der Angeklagte des auch irrigen Glaubens gewesen sein, die Waren seien als „Retourwaren" zollfrei, so konnte eine Bestrafung wegen unternommener Zolldefraude weder aus § 135 noch unter Bezugnahme auf § 136 Ziff. 1 lit e erfolgen. Daß die Bestimmung in § 163 VZG. dieser Anschauung nicht entgegensteht, hat das Reichsgericht schon früher ausgesprochen (RGSt. Bd. 28 S. 195, 198 ff.). Würde hiernach unter Umständen das Dasein einer Defraude zu verneinen sein, so blieb doch zu erwägen, ob der Angeklagte sich nicht einer Uebertretung nach § 152 VZG. schuldig gemacht und eine Ordnungsstrafe verwirkt hat. Die Nichtanführung des § 136 Ziff. 1 lit e in § 137 Abs. 2 würde der Anwendung des § 152 nicht entgegenstehen, wie in dem Urteil des 1. Strafsenats vom 21. März 1901 (RGSt. Bd. 34 S. 223) ausgeführt ist. (Urt. d. III. StS. v. 18. Januar 1906.) ——s——

532

II.

Anwendung des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes. Der Angeklagte ist der öffentlichen Beleidigung, begangen in Tateinheit mit versuchter Nötigung und einer Zuwiderhandlung gegen den § 153 GewO. schuldig erachtet worden. Der Vorderrichter hat die Strafe aus §§ 240, 43 StGB. als demjenigen Gesetze festgesetzt, welches die schwerste Strafe androht. Dies ist insofern irrtümlich, als bei der Konkurrenz von § 185 und §§ 240, 43 a. a. O. das erstgenannte Gesetz die schwerste Strafe androht, weil die Nötigung im Stadium des Versuchs geblieben und deshalb nur unter Anwendung der Vorschriften des § 44 StGB. zu bestrafen ist. Hiernach hätte die Bestrafung aus § 185 erfolgen müssen. (Urt. vom 24. April 1906, 5 D. 43/06.) ———f——

524

III.

Rücktritt vom Versuche. Nach der Annahme des Erstrichters hat sich die Angeklagte dadurch nach § 218 Abs. 1, § 43 StGB. verfehlt, daß sie sich von C. zwei Finger in den Geschlechtsteil einführen ließ, um die Leibesfrucht abzudrücken, von der weitern Ausführung des Vorhabens aber abließ, „weil sie zu große Schmerzen verspürte". Mit Recht wird die Verletzung des § 46 Nr. 1 StGB. gerügt. Da die Angeklagte von der Ausführung der strafbaren Handlung abstand, mußte der Versuch straflos bleiben, wenn sie nicht an der Ausführung durch Umstände gehindert wurde, die von ihrem Willen unabhängig waren. Der Umstand, daß sie durch „zu große Schmerzen" veranlaßt wurde, von der weitern Ausführung abzulassen, genügt noch nicht, um die Annahme eines straflosen Rücktritts auszuschließen. Wenn auch das Aufgeben der Ausführung stets auf dem eigenen Willen des Täters beruht und das Hindern an der Ausführung nicht gleichbedeutend ist mit einem „Verhindern", d. h. einem vollständigen Unmöglichmachen, so muß doch daran festgehalten werden, daß, um die Straflosigkeit des Versuchs auszuschließen, die hindernden Umstände nicht nur unabhängig von dem Willen des Täters eingetreten, sondern auch derart sein müssen, daß sie einen gewissen Zwang auf seinen Willen ausüben, indem sie die Erreichung des Erfolges als nicht angängig oder allzu schwierig erscheinen lassen. Liegt aber ein derartiger zwingender Einfluß nicht vor, so ist der Rücktritt freiwillig, auch wenn der Beweggrund dazu in dem Eintritt äußerer, von dem Willen des Täters unabhängiger, die Ausführung erschweren-

der Umstände zu finden ist. Der durch die Manipulation erregte Schmerz — ein vom Willen der Täterin unabhängiger Umstand und der Beweggrund zum Rücktritt vom Versuche — kann nicht schon an und für sich als ein die Freiheit des Willens ausschließender Zwang angesehen werden; es würde dazu nötig sein, daß der Schmerz unerträglich, d. h. so heftig war, daß er der Täterin die weitere Ausführung unmöglich oder doch nahezu oder vermeintlich unmöglich machte. (Urt. vom 11. Mai 1906, 5 D 21/06.) ———f———

522

IV.

Fahrlässigkeit. Erhöhte Aufmerksamkeit vermöge des Gewerbes. Der Erstrichter erklärt, der Angeklagte B. sei vermöge seines Gewerbes zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichtet gewesen. Damit läßt sich die Feststellung nicht vereinigen, daß der Angeklagte B. sich im Lenken von Kraftwagen ausbilden wollte, zu diesem Zwecke Probefahrten unternahm und bei einem solchen den Unfall herbeiführte. Sonach fehlt jede Gewißheit dafür, daß B. schon zur Zeit des Unfalls aus dem Lenken von Kraftwagen ein Gewerbe machte; es ist auch nicht angedeutet, daß er etwa in dem von H. betriebenen Gewerbe des Lenkens von Kraftwagen als Lehrling oder Gehilfe tätig gewesen wäre. (Goltd. Arch. Bd. 50 S. 127.) Aber auch die Feststellung der Fahrlässigkeit ist nicht widerspruchslos. Der Erstrichter sieht sie darin, daß B. das Steuer des Kraftwagens ungenügend gehandhabt hat. Andererseits stellt er fest, daß B. durch die seitens des H. bewirkte Einschaltung der Höchstgeschwindigkeit unruhig und durch das Bestreben, der verletzten Frau auszuweichen, kopflos geworden ist. Bei dieser Sachlage fragt es sich, ob die unrichtige Bedienung des Steuers in der Tat der Unaufmerksamkeit und Sorglosigkeit des B. zugeschrieben werden kann oder ob ihm nicht sein abnormer Seelenzustand ein anderes Verhalten unmöglich gemacht hat. Dann könnte aber eine Schuld höchstens darin gefunden werden, daß er die Lenkung eines Kraftwagens auf verkehrsreichen Straßen übernahm, ohne im Besitze der erforderlichen Uebung und geistigen Fähigkeit zu sein. (Urt. vom 8. Mai 1906, 5 D. 31/06.) ———f———

523

V.

Nachträgliche briefliche Berichtigung einer kommissarischen Aussage. Die Zeugin Therese J. ist vor der Hauptverhandlung durch ein ersuchtes Gericht nach § 222 StPO. eidlich vernommen worden. Noch am Tage der Vernehmung teilte sie dem ersuchten Richter durch einen Brief „nachträglich" mit, daß sie sich bei ihren Aussagen möglicherweise in einem (für die vorliegende Anklage nicht erheblichen) Punkte geirrt haben könne. In der Hauptverhandlung wurde das über die Vernehmung aufgenommene Protokoll im Einverständnisse der Prozeßbeteiligten nach § 250 Abs. 2, 3 StPO. verlesen.

Aus den Gründen: Der Brief, den die Zeugin zur Berichtigung ihrer eidlichen Aussage zu den Akten gelangen ließ, durfte, wie die Revision anerkennt, in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden (§§ 249, 250 Abs. 2 StPO.). Das erkennende Gericht hat ausweislich des Protokolls von dem Briefe überhaupt nicht Kenntnis erhalten. Die Ansicht der Revision, das Gericht hätte im Hinblick auf den Brief unbedingt die nochmalige Vernehmung der Zeugin anordnen müssen, entbehrt der Begründung. Es kann sich nur fragen, ob nicht ein Verstoß des Vorsitzenden darin zu finden ist, daß er es unterließ, von dem Vorhandensein des Briefes in der Hauptverhandlung Mitteilung zu machen und damit den Beteiligten Gelegenheit zur Erklärung zu geben. Dies muß bejaht werden, aber auf der darin etwa liegenden Gesetzesverletzung beruht das Urteil keinesfalls, denn die briefliche Berichtigung betraf nur einen Nebenpunkt, nicht den wesentlichen Teil der Zeugenaussage, auf der nach der eigenen Ausführung der Revision die die Angeklagten beschwerende Feststellung beruht. (Urt. vom 27. April 1906, 5 D 9/06.) ———f———

526

VI.

Erkundigungspflicht als Voraussetzung fahrlässig falscher Leistung eines Wahrheitseides? (§ 163 StGB.) Unter Aufhebung des Urteils der Strafkammer wurde der Angeklagte vom Revisionsgerichte freigesprochen.

Aus den Gründen: Der Angeklagte hatte der M. K. mehrere Schläge auf die Schulter versetzt. In dem Rechtsstreite wegen Schadensersatzes hat er behauptet, sie nur auf den Kopf geschlagen zu haben, und sodann den durch Urteil auferlegten Eid geleistet: „Es ist nicht wahr, daß ich am .... die Klägerin auf die Schulter geschlagen habe." In den Gründen des Urteils der Strafkammer ist erwogen: Es sei dem Angeklagten die Unwahrheit der beschworenen Tatsache nicht bewußt gewesen, vielmehr habe sich bei ihm in der Zwischenzeit die Vorstellung von dem Vorgange getrübt und die Ueberzeugung gebildet, daß er die M. K. nur auf den Kopf geschlagen habe und daß die Verletzung an ihrer Schulter von einem Falle herrühre. Allein er habe nicht seine subjektive Wissenschaft, sondern die objektive Wahrheit seiner Behauptung beschwören sollen, und wenn er sich hierüber im Irrtum befunden, so hätte er die Möglichkeit und Zeit gehabt, durch Anfragen bei Nachbarn der K. oder dem Gendarmen L. seinen Irrtum aufzuklären und die Wahrheit zu erforschen, zumal das ihm bekannte Berufungsurteil die entgegenstehenden Umstände besonders betont habe. In dem Unterlassen sorgfältiger Selbsterforschung und sachdienlicher Erkundigungen liege Fahrlässigkeit.

Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Es mag dahingestellt bleiben, ob im allgemeinen derjenige, welchem ein Wahrheitseid auferlegt ist, vor der Eidesleistung alle zugänglichen Mittel zur Ergründung des Sachverhalts aufbieten muß. Auch bejahendenfalls läßt sich eine solche Pflicht insoweit nicht anerkennen, als der Schwurpflichtige von seinen Handlungen ein bestimmtes Erinnerungsbild besitzt und keinen Grund hat, an der Treue seines Gedächtnisses zu zweifeln. Wer seinen Erfahrungen nach ein zuverlässiges Gedächtnis hat, muß sich vernünftigerweise vor Leistung eines Wahrheitseides nicht um andere Erkenntnisquellen umtun und handelt nicht pflichtwidrig, wenn er seinem eigenen Vermögen mehr vertraut, als fremden Mitteilungen und anderen vielleicht irreführenden Beweisanzeigen. Nach Darstellung des Urteils hatte sich bei dem Angeklagten die feste Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beschwörenden Tatsache gebildet und es hatten auch die vom Gerichte anläßlich der Auferlegung des Eides geäußerten Bedenken jene Ueberzeugung nicht erschüttert. Mithin darf ihm nicht als Pflichtverletzung angerechnet werden, daß er vor der Eidesleistung nicht versucht hat, durch Besprechung mit anderen seine Erinnerung zu schärfen und die Wahrheit zu erforschen. Denn abgesehen davon, daß Augenzeugen des Vorfalles nur Kinder waren, von denen nach mehr als 1½ Jahren keine richtige Auskunft zu erwarten stand, war dem Angeklagten infolge seiner festen Ueberzeugung von der Richtigkeit seiner Erinnerung die Möglichkeit eines Irrtums nicht bewußt, er also zu Nachforschungen nicht gedrängt oder angeregt. (Urt. d. I. StS. vom 19. April 1906, 1 D 1569/05.) B.

512

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Umwandlung mehrerer Hypotheken in eine sog. Einheitshypothek? In einer Urkunde des Notariats P. haben die Eheleute W. als Eigentümer ihres unter Grundbuchrecht stehenden Anwesens unter anderem erklärt: Das Darlehen der B.'schen Bank, für das ihr Anwesen mit Hypothek I. Ranges belastet sei, bestehe nach Tilgung von 3086 Mk. 16 Pfg. nur noch mit 7913 Mk. 84 Pfg. zurecht. Die B.'sche Bank werde die Löschung der Hypothek für den getilgten Betrag bewilligen. Sie erteilten ihre Einwilligung zur Löschung und beantragten die Eintragung des Löschungsvermerks. Sie hätten von der Bank neuerlich ein Darlehen von 86 Mk. 16 Pfg. erhalten, sodaß das Gesamtdarlehen 8000 Mk. betrage. Dieses werde vom 1. November 1905 an mit 4% verzinst. Für das neue Darlehen von 86 Mk. 16 Pfg. bestellten sie Hypothek. Die neubestellte Hypothek und die bestehende Resthypothek sollten gleichen Rang erhalten, vereinigt werden und eine einheitliche Hypothek ohne Brief zu 8000 Mk. mit 1. Rangstelle bilden. Sie beantragten, nach Löschung der bisherigen Nebenbestimmungen das Gesamtdarlehen zu 8000 Mk. in einem Posten als Einheitshypothek mit erster Rangstelle einzutragen. In einer weiteren Urkunde erklärten die Vertreter der Bank, sie bewilligten die Löschung von 3086 Mk. 16 Pfg. an der Hypothek zu 11000 Mk. und beantragten, diese hinsichtlich des Restes zu 7913 Mk. 84 Pfg. „nur aus formellen Gründen" und unter der Bedingung zu löschen, daß dieser Betrag sofort mit dem neuen Darlehen zu 86 Mk. 16 Pfg. als Einheitshypothek eingetragen werde. Das Grundbuchamt machte die Eintragungen von der Zustimmung der Eigentümer zur Löschung der Hypothek zu 11000 Mk. in Ansehung des nach Löschung von 3086 Mk. 16 Pfg. bleibenden Restes abhängig. Die Beschwerde der Bank wurde verworfen. In der weiteren Beschwerde der Bank wird als Zweck der Anträge Gebührenersparung bezeichnet, die nicht zu erreichen wäre, wenn auch die Eigentümer einen Löschungsantrag stellten. Sodann wird darzulegen versucht, daß es zu der aus formellen Gründen beantragten Löschung der Zustimmung der Eigentümer nicht bedürfe, weil eine solche Löschung in Verbindung mit der Zusammenfassung der zu löschenden Hypothek mit einer neuen Hypothek zu einer Einheitshypothek nicht die Aufhebung des bisherigen Hypothekenrechts enthalte. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Löschung ist nach § 875 BGB. und § 47 GBO. eine die Aufhebung oder das Nichtbestehen eines Rechts beurkundende Eintragung. Der Antrag, eine Hypothek zu löschen, die fortbestehen soll, enthält deshalb einen inneren Widerspruch. Die Beteiligten haben sich über eine Aenderung der Resthypothek zu 7913 Mk. 84 Pfg. und der neuen Hypothek zu 86 Mk. 16 Pfg. dahin geeinigt, daß die beiden verschmolzen werden. Die Eintragung einer Rechtsänderung erfolgt durch Eintragung eines ihren Inhalt angebenden Vermerkes; es müßte also beantragt werden, zunächst die Hypothek zu 86 Mk. 16 Pfg. und dann den Vermerk einzutragen, daß beide Hypotheken zu einer vereinigt sind. Eine Vereinigung mehrerer Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek ist aber im BGB. nicht vorgesehen, weil sie für den Bereich des Grundbuchrechts keinen sachlichen Zweck hat. Dagegen besteht kein Bedenken gegen einen Antrag des Inhalts, die von den Beteiligten vereinbarte Bestimmung, daß die beiden Darlehen, für die besondere Hypotheken bestellt sind, einheitlich zu verzinsen und zu tilgen sind, als Aenderung des Inhalts der schon bestehenden Hypothek im Sinne des § 877 BGB. (§ 436 der DA. f. d. GrBAe.) in das Grundbuch einzutragen, womit die Beteiligten sachlich ihre Absicht erreichen würden. (Beschluß des 1. ZS. vom 5. Juli 1906.)[1] ——n.

597

II.

Gebühren der Pfarrer für Ausstellung von Zeugnissen über den Familienstand, für Fertigung von Auszügen aus Kirchenbüchern im Nachlaßverfahren. Wie ist zu verfahren, wenn die Höhe der geforderten und gezahlten Gebühr von der Finanzstelle beanstandet wird? (GebG. Art. 5, 39, 44; GKG. § 79 Nr. 6.) In einer Nachlaßsache hatte das Pfarramt A. auf Ersuchen des Amtsgerichts W., das von Amts wegen die unbekannten Erben ermittelte, einen umfangreichen Familienstammbaum aus den Kirchenbüchern zusammengestellt und zu den Akten gesendet. Die dafür liquidierte Gebühr von 30 Mk. wurde aus der Gerichtskasse gezahlt. Die Finanzkammer erhob die Erinnerung, daß nur eine Gebühr von 5,14 Mk. (3 Gulden) habe zum Ansatze kommen dürfen, wobei sie sich auf das Taxregulativ von 1852 und auf einige ältere, d. h. vor dem 1. Oktober 1879 erlassene Entschließungen des Kultusministeriums berief. Das Amtsgericht gab der Erinnerung statt und ordnete die Zurückerstattung des über 5,14 Mk. gezahlten Betrags an. Auf Beschwerde des Pfarramts hob das Landgericht M. den Bescheid auf und setzte die zu zahlende Gebühr auf 30 Mk. fest. Die Finanzkammer erhob weitere Beschwerde, auf welche das Oberste Landesgericht die landgerichtliche Entscheidung aufhob und die Erinnerung gegen den Ansatz der Gebühr als unzulässig abwies.

Aus den Gründen: Das GebG. befaßt sich wie in seinen früheren Fassungen so auch in seiner jetzigen nur mit der Bestimmung von Gebühren, die öffentliche Abgaben sind und, soweit nicht anderes bestimmt ist, in die Staatskasse fließen (Art. 1). Die älteren Gesetze und Verordnungen über Taxen und Stempelgebühren wurden durch Art. 279 des GebG. vom 18. August 1879 aufgehoben, soweit sie nicht in diesem Gesetze aufrechterhalten wurden. Dabei blieb es nach den Art. 272, 274, 275 des Ges. i. d. F. v. 1892, und auch seine jetzige Fassung bestimmt im Art. 296 Abs. 2, daß alle älteren Gesetze und Verordnungen über Taxen und Stempelgebühren aufgehoben bleiben, soweit sie nicht ausdrücklich aufrechterhalten sind. Der in allen Fassungen gleichlautende Art. 5 schied dagegen die Bestimmung der Gebühren aus dem Gesetze aus, die von den Beteiligten außer den für die Staatskasse zu verrechnenden Gebühren wegen der Bemühung einzelner Personen bei der Erledigung der Geschäfte zu entrichten sind; er bestimmt, daß diese Gebühren, soweit sie nicht reichsgesetzlich geregelt sind, durch K. Verordnung bestimmt werden. Unter diesen führt das Gesetz auch die Gebühren der Pfarrer an. Die durch die Reichsgesetzgebung erfolgte Regelung von Gebühren, die von den Beteiligten wegen der Bemühung einzelner Personen bei der Erledigung der Geschäfte zu entrichten sind, erstreckt sich auf die Gebühren der Pfarrer nicht, und eine darauf bezügliche K. Verordnung ist nicht erlassen. In den Motiven zum Entwurfe des GebG. vom 18. August 1879 ist bemerkt, auch die Pfarrämter seien befugt, für die von ihnen ausgestellten Zeugnisse in Parteisachen Taxen „nach Analogie der Art. 15—17 des Taxgesetzes vom 28. Mai 1852" zu erheben. Dabei ist Bezug genommen auf die ME. vom 6. März 1862. Die (von der Finanz=

[1] Anm. d. Einsenders. Diese, insbesondere für die Banken sehr wichtige Entscheidung verwirft anscheinend die Auffassung von der Einheitshypothek, die in dem Beschlusse des LG. München I vom 30. Dezember 1905 (s. diese Zeitschrift Bd. II S. 231) dargelegt ist. Sie dürfte wohl dem Gebilde der Einheitshypothek ein Ende bereiten. Ihre logische Richtigkeit läßt sich nicht bestreiten. Ob sie einen Gewinn für die Praxis und den Verkehr bringt, dünkt uns zweifelhaft.

kammer) angeführten Entschließungen der Verwaltungsstellen sind sämtlich nur Dienstesvorschriften für die Pfarrämter. Als solche werden sie offenbar auch an der angeführten Stelle der Motive zum Entwurfe des GebG. und von den Schriftstellern[1]) angesehen. Die Entscheidung darüber, ob ein Pfarrer bei der Ansetzung einer Taxe gegen diese Vorschriften verstoßen hat, ferner ob etwa Anlaß besteht, wegen der ganz besonderen Umstände eines Falles für diesen eine Ausnahme hinsichtlich des Betrags der Taxe zuzulassen, kann daher nur den dem Pfarrer vorgesetzten Verwaltungsbehörden zustehen. Seit dem Inkrafttreten des GebG. haben über Erinnerungen des Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen in der freiw. Gerichtsb. und über die darauf bezüglichen Beschwerden allerdings endgültig die Gerichte zu entscheiden. Für das Verfahren, in dem die Entscheidung herbeizuführen und zu treffen ist, gelten aber besondere Vorschriften, und diese sind in dem Abschnitte des Gesetzes enthalten, der von den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. handelt. Daraus folgt, daß die Gerichte in diesem Verfahren nur in Fällen zu entscheiden haben, in denen es sich um die Anwendung der Vorschriften des GebG. oder derjenigen Gesetze oder Vorschriften handelt, auf die es verweist oder zu deren Erlassung es ermächtigt. Soweit als Auslagen Gebühren in Frage kommen, die von den Beteiligten außer den für die Staatskasse zu verrechnenden Gebühren wegen der Bemühung einzelner Personen zu entrichten sind, steht die Entscheidung darüber, ob der angesetzte Betrag gerechtfertigt ist, den Gerichten nur in Ansehung der Gebühren zu, die in der im Art 5 bezeichneten Weise bestimmt sind. Der Vorschrift im § 8 der VO. vom 23. Dezember 1899, daß es „bei den bestehenden Vorschriften bewendet", kann nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß die angeführten Ministerialentschließungen[2]) nun bis auf weiteres so anzusehen sind, als wäre ihr Inhalt durch eine K. VO. vorgeschrieben, denn sie sind ihrem Wesen nach überhaupt keine allgemein verbindlichen Rechtsnormen über den im Art. 5 des GebG. bezeichneten Gegenstand und wurden auch nie in der für allgemein verbindliche Rechtsnormen erforderlichen Weise verkündet. Darnach fehlt es an einer gebührenrechtlichen Vorschrift, auf Grund deren die Gerichte über die von der Staatskasse gegen den Ansatz einer Vergütung von 30 Mk. für die Herstellung des Stammbaums erhobene Erinnerung entscheiden und den Betrag der dem Pfarrer gebührenden Vergütung nach Art. 44 des GebG. festsetzen könnten. Der Anspruch auf eine Vergütung kann in einem solchen Falle unter Umständen auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes geltend gemacht werden. Der Streit darüber, ob eine Vergütung zu leisten ist und wie viel sie beträgt, ist dann aber eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit; seine Entscheidung ist daher auf dem ordentlichen Rechtswege herbeizuführen. Wie die zur Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten berufenen Gerichte die Zulässigkeit des Rechtsweges ohne Rücksicht darauf zu prüfen haben, ob die Einrede der Unzulässigkeit erhoben ist, haben die Gerichte, die um die Entscheidung eines in dem Verfahren nach den Art. 44 ff. des GebG. an sie gebrachten Streites angegangen werden, von Amts wegen zu prüfen, ob der den Gegenstand des Streites bildende Fall dem Gebiete des GebG. angehört, jenes Verfahren daher zulässig ist. Der zwischen der Staatskasse und dem Pfarrer A. entstandene Streit über den Betrag der diesem für die Herstellung des Stammbaums gebührenden Vergütung hat nicht einen Fall zum Gegenstande, der dem Bereiche des GebG. angehört, seine Entscheidung kann daher nicht in dem für die Erhebung von Erinnerungen gegen den Ansatz von Auslagen und für die Entscheidung über die Erinnerungen und über die darauf bezüglichen Beschwerden vom GebG. eingeführten Verfahren erfolgen. Das Amtsgericht hätte daher die von der Staatskasse gegen den Ansatz der Auslage von 30 Mk. erhobene Erinnerung als unzulässig abweisen sollen..... (Beschl. vom 29. November 1905 [2. Sen.] Reg. V 23/05.) K.

529

III.

Voraussetzung der Eintragung eines Fischereirechts als Gegenstand einer Hypothek. Unterschied von der Eintragung des Fischereirechts auf dem Blatte des belasteten Grundstücks. Umfang des öffentlichen Glaubens des Hypotheken- oder Grundbuchs in diesen beiden Fällen. Graf W. hat als Besitzer eines standesherrlichen Fideikommisses, zu dem nach dem Kataster auch ein Fischereirecht in der B. und ein solches in der J. gehören, unter Zustimmung der Anwärter eine Hypothek an dem Fideikommißgute bestellt. Das Amtsgericht M. hat die Eintragung der Hypothek bei den Fischereirechten, für die ein Blatt noch nicht angelegt ist, mangels Beibringung der Einwilligung der Anmeldungsgegner in die Buchung der Rechte vorerst abgelehnt. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, dagegen hatte die weitere Beschwerde Erfolg.

Aus den Gründen: Dem Amtsgerichte würde zuzustimmen sein, wenn es sich um die Eintragung der Fischereirechte als Belastungen auf den Blättern für die den Rechten unterworfenen Gewässer handelte. Hier würden die Eigentümer der Gewässer die Gegenbeteiligten sein, deren Vernehmung nach §§ 109 bis 112, 143 HypG. erforderlich ist. Die Eintragung würde für die auf die eingetragenen Rechte bezüglichen Geschäfte den öffentlichen Glauben nach §§ 25, 26 HypG. haben und einem gutgläubigen Erwerber den Bestand der eingetragenen Rechte gewährleisten. Hier sollen aber die Fischereirechte nur im Titel des für sie anzulegenden oder ihnen mit Grundstücken des Berechtigten gemeinsamen Blattes als Gegenstand der Hypothekbestellung und sonstiger Verfügungen eingetragen werden. Diese Eintragung gewährleistet nicht den Bestand der Fischereirechte mit öffentlichem Glauben. Die Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet ist, auf dem Blatte, das zur Eintragung von Verfügungen über dieses Recht bestimmt ist, soll die Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks wiedergeben und kann ihr, wenn sie noch nicht erfolgt ist, nicht vorgreifen. Das für die Eintragung der Verfügungen über das Recht bestimmte Blatt gibt Auskunft über die Rechtsverhältnisse, deren Gegenstand das Recht ist; es setzt den Bestand des Rechtes voraus. Zur Auskunft hierüber ist im Hypothekenbuche wie im Grundbuche das Blatt des belasteten Grundstücks bestimmt. (Henle, Grundbuchanlegung 337 Note 3.) (Beschl. des I ZS. vom 1. Juni 1906.) —f——

558

IV.

Zulässigkeit einer Protestation gegen den in Ansehung des Eigentumsverhältnisses bestehenden Eintrag im Hypothekenbuche (Besitztitelvortrag), wenn dieser mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht.[1]) (HypG. §§ 25, 26, 27, 28. Allgem. PrLR. I 9 §§ 502, 504, 512, 513, 546.) Die 1853 gestorbene Johanna Sch. war im Kataster der StG. M. als Mit=

[1]) Burkhard, Gef. über das Gebührenwesen vom 6. Juli 1892 S. 90 Nr. 2 lit. e; v. Seydel, Bayer. Staatsrecht Bd. 3 S. 518 Nr. 26; Krais, Handbuch der inneren Verwaltung 3. Aufl. Bd. 1 S. 257 Nr. 8 Abs. 2.

[2]) ME. vom 6. März 1862, 21. Dezember 1863, 21. Mai 1873, Geret, VSamml. Bd. 33 S. 151, Weber, Ges. u. VSamml. Bd. IX S. 761.

[1]) Da der Zeitpunkt, in dem das Grundbuch auch in den vormals preußischrechtlichen Gebietsteilen als angelegt anzusehen sein wird, noch nicht unmittelbar bevorsteht, dürfte die Mitteilung der oberstrichterlichen Entscheidung für die Praxis der dortigen Gerichte noch von Interesse sein. A. d. E.

eigentümerin mehrerer Grundstücke zu einem Viertel eingetragen; im Hypothekenbuch war für diese Anteile bis zur Anlegung des Grundbuchs kein Blatt angelegt. Im Anlegungsverfahren wurden die Rechtsnachfolger der J. Sch., die Beschwerdeführer, eingetragen. Der Kaufmann F. Schn. in M. hat durch Kaufvertrag vom 7. November 1864 das Miteigentum zu 3/4 Anteilen an den Grundstücken erworben und es 1876 und 1877 auf seine Söhne E. und K. Schn. übertragen; die Anteile des letzteren sind auf E. Schn. übergegangen. E. Schn., der im Anlegungsverfahren das Alleineigentum beansprucht hatte, beantragte 1903 die Eintragung einer Protestation gegen die Eintragung der Rechtsnachfolger der J. Sch. als Miteigentümer; er machte geltend, sein Vater habe gleichzeitig mit den 3/4 Anteilen die Sch.schen Anteile erworben, diese seien nur aus Versehen in der Urkunde nicht erwähnt worden. Die Grundstücke hätten sich seit 7. November 1864 ununterbrochen im Alleinbesitze seines Vaters und seiner Rechtsnachfolger befunden, das Miteigentum der Sch.schen Rechtsnachfolger sei daher verjährt. Das Amtsgericht M. wies den Antrag ab. Auf Beschwerde der Erben des inzwischen gestorbenen E. Schn. verfügte das Landgericht H. die Eintragung einer Protestation des Inhalts, daß die Erben des E. Schn. als Besitzer der Grundstücke gegen das Eigentum der im Hypothekenbuch eingetragenen die erlöschende Verjährung geltend gemacht haben. Die weitere Beschwerde der Rechtsnachfolger der J. Sch. wurde zurückgewiesen.

Gründe: Nach § 502 Tl. I Tit. 9 des hier maßgebenden PrLR. hat der Nichtgebrauch eines Rechtes während der im Gesetze bestimmten Zeit dessen Verlust und die Befreiung von der hieraus fließenden Verbindlichkeit zur Folge. Die erlöschende Verjährung setzt voraus, daß dem Rechte ein Verpflichteter gegenübersteht, zu dessen Gunsten sie das Erlöschen des Rechtes bewirkt. Hieraus folgt, daß das Eigentum an sich nicht durch Nichtgebrauch untergehen kann, und demgemäß bestimmt § 504 a. a. O., daß Rechte des Eigentümers, solang er sich im Besitze befindet, nicht durch Unterlassung des Gebrauchs erlöschen. Diese Vorschrift ist von der oberstrichterlichen Rechtsprechung dahin ausgelegt worden, daß die Ansprüche aus dem Eigentum der erlöschenden Verjährung unterliegen, wenn der Eigentümer sich nicht im Besitze der Sache befindet. Das Beschwerdegericht hat für glaubhaft erachtet, daß F. Schn. und dessen Rechtsnachfolger am 7. November 1864 den Alleinbesitz der Grundstücke ergriffen und ihn seitdem ununterbrochen ausgeübt haben. Der Umstand, daß sie von dem Miteigentum der Sch.schen Rechtsnachfolger Kenntnis hatten, schließt nicht aus, daß sie die Grundstücke für sich allein besessen haben. Der mit der Anmaßung des Alleinbesitzes durch F. Schn. entstandene Anspruch der Rechtsnachfolger der J. Sch. ist während der Zeit von 30 Jahren (PrLR. a. a. O. § 546) nicht mit Klage geltend gemacht worden. Die Abwesenheit des Berechtigten hindert für sich allein nur in bestimmten, hier nicht zutreffenden Fällen den Beginn der Verjährung. Diese beginnt zwar nicht gegenüber dem, der von seinem Rechte oder dessen Beeinträchtigung nicht unterrichtet sein konnte (a. a. O. 512); die Unmöglichkeit der Kenntnisnahme wird jedoch gemäß § 513 a. a. O. nicht vermutet und folgt für M. Cl. und J. E. Cl. und deren Rechtsvorgänger nicht schon daraus, daß sie sich in den Vereinigten Staaten aufgehalten haben. Bei der erlöschenden Verjährung ist der Rechtsverlust Folge des Nichtgebrauchs, auf guten Glauben des Verpflichteten kommt es nicht an (PrLR. a. a. O. § 502). Das Beschwerdegericht hat daher ohne Irrtum angenommen, daß der Anspruch der Sch.schen Rechtsnachfolger auf Ueberlassung des Mitbesitzes der Grundstücke gegenüber den tatsächlichen Besitzern durch Verjährung erloschen ist. Daher ist das Miteigentum der Sch.schen Rechtsnachfolger den tatsächlichen Besitzern gegenüber unwirksam, die Sch.schen Rechtsnachfolger können nicht über ihre Anteile mit der Wirkung verfügen, daß daraus Ansprüche gegen die Besitzer hergeleitet werden können. Diese Beschränkung des Rechtes eignet sich zur Eintragung in das Hypothekenbuch und kann nach den §§ 27, 28 des HypG. durch eine Protestation gewahrt werden . . . (Beschluß vom 16. März 1906, I. Sen. Reg. III, 13/06.)

505 K.

B. Strafsachen.

I.

Färben von Wein mit Zuckercouleur. Das in dieser Zeitschrift 2. Jahrg. S. 86 mitgeteilte Urteil des Landgerichts Würzburg wurde auf Revision des Staatsanwalts, welcher die Verletzung des § 10 NMG. und der §§ 1, 2, 3 WG. rügte, vom Obersten LG. aufgehoben. Die Sache wurde zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Das WG. vom 20. April 1892 bezweckte die Anwendung des NMG. (§ 10 Nr. 1 und 2) auf den Verkehr mit Wein zu regeln; es wollte die wichtigsten, bei der Anwendung des NMG. entstandenen Zweifel heben und einen sicheren Anhalt dafür geben, wo die Grenzen zwischen der erlaubten Behandlung des Weins und der Verfälschung liegen. Insoweit es keinen Aufschluß darüber gab, ob eine erlaubte oder verbotene Behandlung in Frage stehe, sollten die Bestimmungen des NMG. Maß geben (vgl. Mot., Verh. des Reichstags 1890/92 Anl. Bd. 6 S. 4166 ff. Entsch. d. RG. Bd 31 S. 54). An diesen Gesichtspunkten hat das WG. vom 24. Mai 1901 nichts geändert. Beide Gesetze bestimmen, — das erstere in § 3, das letztere in § 2 — was als Verfälschung oder Nachmachung des Weins im Sinne des § 10 NMG. nicht anzusehen sei und erklärte in Nr. 1 übereinstimmend als erlaubt: „Die anerkannte Kellerbehandlung einschließlich der Haltbarmachung des Weins, auch wenn dabei bestimmte einzeln aufgeführte Stoffe — unter welchen sich die hier in Betracht kommende Zuckercouleur nicht befindet — in den Wein gelangen.“ Das BerG. hebt hervor, was anerkannte Kellerbehandlung sei, könne in der Regel nicht einheitlich für alle Bezirke und Sorten, sondern nur individuell festgestellt werden; für die Feststellung sei ferner, soweit nicht die chemische Beschaffenheit und die Gesundheitsschädlichkeit eines Stoffes in Betracht komme, in erster Linie das Gutachten praktischer Sachverständiger eines jeweiligen Weingebiets maßgebend. Im Anschluß an die Gutachten der in der Kellerbehandlung des fränkischen Weinbaugebiets erfahrenen Sachverständigen, welche den Zusatz von Zuckercouleur als langjähriges, erprobtes und allgemein geübtes Mittel rationeller Kellerbehandlung in Franken hinstellten oder doch gegen die Zulässigkeit dieses Zusatzes insoweit nichts einwendeten, als damit nur eine Verschönerung des äußeren Ansehens bezweckt und keine Täuschungsabsicht verbunden sei, hält das BerG. den Zusatz von Zuckercouleur, insbesondere soweit das fränkische Weinbaugebiet in Frage kommt, für anerkannte Kellerbehandlung und sohin für erlaubt, sofern dieser Zusatz ausschließlich erfolgt, um das äußere Ansehen des Weines zu verbessern, dagegen für unerlaubt, wenn mit dem Zusatz der Zweck verfolgt wird, dem Weine den Anschein einer besseren Beschaffenheit zu geben oder eine unzulässige Vermehrung zu verdecken. Hier sei kein Nachweis dafür erbracht, daß der Zusatz erfolgte, um über Gehalt und Wert des Weines zu täuschen.

Diese Ausführungen sind nicht bedenkenfrei. Weder das WG. vom 24. Mai 1901 noch das vom 20. April 1892 enthält eine Auslegung des Begriffs „anerkannte Kellerbehandlung“. Was das Gesetz darunter versteht, ergibt sich aus der Begründung zu § 3 Nr. 1 des

Entw. des Ges. von 1892 und den beigefügten technischen Erläuterungen, wo es heißt: „Die Kellerbehandlung bietet vornehmlich insofern zu Zweifeln Veranlassung, als sie eine Beimischung von Fremdstoffen zum Wein mit sich bringen kann. Derartige Zusätze sind auch bei der rationellen Pflege des Weins — namentlich zum Zwecke der Klärung und Haltbarmachung — nicht immer zu vermeiden“ (vgl. Verh. d. Reichst. 1890/92 Anl. Bd. 6. S. 4168). Ferner ist in den technischen Erläuterungen (vgl. Anl. Bd. 6 S. 4174 ff., 4181) unter der Rubrik Kellerbehandlung des Weins zu § 3 bemerkt: „Die Bereitung und Pflege des Weins erfordert eine Reihe von Hantierungen, welche in ihrer Gesamtheit mit dem Namen Kellerbehandlung bezeichnet werden. Soweit diese Hantierung als das Ergebnis einer langjährigen Erfahrung oder einer allgemein als wirtschaftlich zulässig erachteten neuen wissenschaftlichen oder praktischen Errungenschaft in einer Weingegend oder anderwärts mehr oder weniger geübt werden und zu Bedenken in gesundheitlicher Beziehung einen Anlaß nicht geben, stellen sie sich als anerkannte Kellerbehandlung dar. Dieser durch das Wesen des Weins bedingten, daher notwendigen und meist durch eine lange Erfahrung gerechtfertigten Behandlung des Weins ein Hindernis in den Weg zu setzen, liegt irgend ein Grund nicht vor. Dagegen wird Mißbräuchen, welche etwa von einzelnen unter dem Deckmantel der Kellerbehandlung geübt werden sollten, durch die erläuterte Einschränkung auf die „anerkannte“ Kellerbehandlung ein Riegel vorgeschoben“. Bei der Beratung im Plenum bemerkte der Abgeordnete Preiß ohne Widerspruch: „Unter anerkannter Kellerbehandlung sind diejenigen Manipulationen zu verstehen, welche, ohne das Quantum des Weins zu vermehren und ohne dem Naturwein einen anderen Charakter zu geben als denjenigen, der ihm von Natur wegen zukommt, zur Herstellung und Erhaltung des Weins unbedingt notwendig sind, ich meine das Schwefeln, das Schönen, das Filtrieren usw.“ (vgl. Verh. d. Reichst. Stenogr. Ber. 1900/02 II. Session Bd. II S. 1269). Hiernach erfordert der in Rede stehende Begriff, daß die Hantierung, welche anerkannte Kellerbehandlung sein soll, zur Bereitung und Pflege des Weins einschließlich seiner Haltbarmachung dienen, daß sie durch das Wesen des Weins bedingt und daher notwendig sein muß. Der Zusatz von Zuckercouleur ist aber, wie das BerG. annimmt, nur Färbemittel, beeinflußt nur das Aussehen des Weins, indem er ihm eine dunklere Farbe verleiht, ohne seinen Gehalt zu ändern, macht den Wein weder haltbarer noch besser und ist durch das Wesen des Weins nicht bedingt, sondern durch die Geschmacksrichtung der Konsumenten eines gewissen Gebietes, welche dunklerem Weine den Vorzug vor hellem geben, oder eines Konsumentenkreises, der in seiner Liebhaberei für die eine oder andere Farbe wechselt. Schon deshalb ist die Annahme, es liege „anerkannte Kellerbehandlung“ vor, irrtümlich.

Der Vorinstanz ist zuzugeben, daß der erwähnte Begriff nicht eine allgemeine, überall geltende Uebung fordert, daß ihm vielmehr genügt wird, wenn das Verfahren im einzelnen Weinbaugebiet und bezüglich einzelner Sorten allgemein als rationell angesehen wird, jedoch unter der Voraussetzung, daß das Verfahren nicht vom Standpunkt des Gesetzes unzulässig ist. Das Verfahren darf kein allgemein eingerissener Mißbrauch sein. Der Zweck des § 2 Nr. 1 WG. fordert, daß er nur in einer Weise ausgelegt werden darf, die mit den für die Schaffung des § 10 NMG. maßgebenden Gesichtspunkten in Einklang steht. § 10 NMG. verfolgt zunächst einen wirtschaftlichen und verkehrspolizeilichen Zweck, er will verhüten, daß das Publikum Nahrungs- und Genußmittel von einer Beschaffenheit erhält, die es nicht erwartet. Daher kann als „anerkannte Kellerbehandlung“ ein Verfahren nicht angesehen werden, welches geeignet ist, die Konsumenten überhaupt, oder die eines bestimmten Gebietes über die von ihnen erwartete Beschaffenheit des Weins zu täuschen. Daß der Zusatz von Zuckercouleur nicht geeignet sei, das Publikum in diesem Sinne zu täuschen, konnte das Berufungsgericht nicht feststellen. Daß es für die Bejahung der Frage, ob die Beimengung „anerkannte Kellerbehandlung“ sei, den Umstand als ausschlaggebend erachtete, daß derjenige, welcher das Verfahren anwendet, nicht den Zweck verfolgt habe, dem Wein den Anschein einer besseren Beschaffenheit zu geben, ist irrtümlich; sie würde zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß das gleiche Verfahren in dem einen Falle anerkannte Kellerbehandlung wäre, in dem anderen Falle nicht, je nach der Absicht des Anwendenden.

Auf der irrtümlichen Auslegung des Begriffes „anerkannte Kellerbehandlung“ beruht aber die Verneinung des objektiven Tatbestandes nicht ausschließlich, da letzterer auch darauf gestützt wurde, daß eine Verfälschung schon aus allgemeinen Gründen nicht gegeben sei. Die Vorinstanz nimmt an, es könne sich bei einer Verfälschung nur um Zusatz eines anomalen Bestandteils oder die Anwendung eines Mittels handeln, das der minderguten Ware den Anschein besserer Beschaffenheit und höheren Wert gebe; es sei aber nicht erwiesen, daß der Angeklagte dem minderwertigen Wesen des ungefärbten Weins durch den Zusatz von Couleur den Schein einer besseren Beschaffenheit beigelegt habe; er habe vielmehr dem Weine nur ein besseres, gefälligeres Ansehen gegeben, ohne über sein Wesen und seinen Wert zu täuschen. Letzterer werde im wesentlichen nach dem Geruch und dem Geschmack beurteilt. Es sei daher falsch zu sagen, daß, weil die Färbung vorgenommen wurde, um einer Ware ein besseres Aussehen zu geben, ihr deshalb der Schein einer besseren Beschaffenheit verliehen werden „wollte“.

Die Verfälschung im Sinne des NMG. setzt stets ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit voraus. Das WG. von 1901 bestimmt in § 1: „Wein ist das durch alkoholische Gährung aus dem Safte der Weintraube hergestellte Getränk.“ Hiernach hat jeder Zusatz, der im WG. nicht ausdrücklich als erlaubt bezeichnet ist, als anomaler Bestandteil zu gelten. Da die Zuckercouleur nicht unter den erlaubten Zusatzstoffen aufgeführt ist, liegt bei ihrer Beimengung ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit vor. Die Verfälschung kann dadurch vorgenommen werden, daß 1. das Nahrungs- oder Genußmittel durch Entziehung oder Zusatz von Stoffen verschlechtert oder daß 2. ihm der Schein einer besseren Beschaffenheit gegeben wird. Die Verschlechterung kann auch darin bestehen, daß in den Augen des Publikums die Ware durch die Veränderung einen wesentlich geringeren Wert erhält, weil die Kunden, falls sie von der Veränderung Kenntnis erlangen, gegen den Genuß Widerwillen empfinden. Von letzterem Gesichtspunkt aus hat die Vorinstanz die Frage, ob Verfälschung vorliege, nicht gewürdigt, und auch das Ergebnis der Prüfung, ob der Wein den Schein einer besseren Beschaffenheit erlangt habe, ist nicht bedenkenfrei. Das BerG. hat festgestellt, daß der Angeklagte dem Weine nicht den Schein einer besseren Beschaffenheit beigelegt habe. Die Begründung dieser Feststellung läßt dem Zweifel Raum, ob das BerG. nicht nur zum Ausdruck zu bringen beabsichtigte, daß der Angeklagte dem Weine den Anschein einer besseren Beschaffenheit nicht beilegen wollte. Sollte aber die Feststellung in dem Sinne gemeint sein, daß der Wein den Anschein einer besseren Beschaffenheit nicht erlangt habe, so würde sie in Widerspruch stehen mit der weiteren Feststellung, daß die hellere oder dunklere Farbe für die Bestimmung des Gehaltes nicht ohne Bedeutung sei, daß insbesondere in manchen Jahren die dunklere

Farbe das Zeichen eines guten körperreichen Weins sei, und es hätte, um den Widerspruch auszuschließen, der Angabe des Grundes bedurft, warum hier aus der künstlich bewirkten dunkleren Farbe von den Konsumenten nicht auf volleren Gehalt und bessere Beschaffenheit geschlossen werden konnte. Deshalb ist nicht ausgeschlossen, daß die Verneinung des objektiven Tatbestandsmomentes der Verfälschung auf einer Verkennung dieses Begriffs beruht. (Urt. vom 22. März 1906.)

(In der neuen Berufungsverhandlung wurde B. wegen fortgesetzten Vergehens nach § 10 Nr. 1 und 2 NMG. zur Geldstrafe von 20 Mk. verurteilt.)

549 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Schimpf in Würzburg.

Oberlandesgericht München.

I.

Zu § 20 GebO. f. RA. Der Anwalt des Beklagten hatte gegen eine Hypothekenklage die Einrede der Rechtshängigkeit und für alle Fälle die Einrede der nicht erfolgten Zahlung geltend gemacht. Bei der Verhandlung wurde nur erstere erhoben. Die Klage wurde abgewiesen. Erstrichter hat dem Anwalt des Beklagten nur je $^{5}/_{10}$ der Prozeßgebühr und der Verhandlungsgebühr zugebilligt, auf Beschwerde wurde die volle Prozeßgebühr festgesetzt.

Gründe: RA. B. beschwert sich nur darüber, daß die von ihm angesetzte Prozeßgebühr im Hinblick auf § 20 der GebO. f. RA. auf $^{5}/_{10}$ herabgesetzt wurde, weil bei der Verhandlung die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit unter Verweigerung der Einlassung auf die Hauptsache vorgeschützt, sodann nur über diese Einrede verhandelt und nur auf Grund dieser Einrede entschieden wurde. Diese Tatsachen berechtigen zur Herabsetzung der Verhandlungsgebühr auf $^{5}/_{10}$, nicht dagegen zur Herabsetzung der Prozeßgebühr. Letztere umfaßt die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts außerhalb der Verhandlung und der Beweisaufnahme. Nur $^{5}/_{10}$ der Prozeßgebühr erhält der Rechtsanwalt nach § 20 GebO. f. RA., soweit die Tätigkeit ausschließlich prozeßhindernde Einreden (§ 26 Ziff. 1 GKG.) betrifft. Diese Minderung der Prozeßgebühr könnte hier nur Platz greifen, wenn die Tätigkeit des B., nämlich die Information, die Anfertigung seiner Schriftsätze usw. nur die Einrede der Rechtshängigkeit betroffen hätte. Dies war nicht der Fall. B. hatte den Auftrag, die Klage überhaupt durch Bestreiten ihrer Grundlage (der Zahlung) zu bekämpfen; dies — der Umfang der Vollmacht — ist für Bemessung der Prozeßgebühr nicht belanglos, sondern von Bedeutung, weil es einen Anhaltspunkt für die Beurteilung des Umfangs der informatorischen und sonstigen Tätigkeit des Anwalts gibt. (Vgl. JW. 1899 S. 166 Nr. 16.) B. hat auch in der Klagebeantwortung „für alle Fälle der Zahlung des Hypothekkapitals widersprochen" und erklärt, daß er „der Beweisführung entgegensehe". Warum in diesem Satze kein Prozeßbetrieb zu erblicken sein soll, ist unerfindlich. Die Anfertigung der Schriftsätze gehört zu dem „Prozeßbetriebe", zu dem Verkehr mit dem Gericht und dem Gegenanwalt; ob die Ausführungen in dem Schriftsatze länger oder kürzer sind, ist aber für die Frage, ob die Prozeßgebühr ganz verdient wurde, ohne Belang. Belanglos ist auch, ob B. die Information erst nach Erhebung der Klage eigens noch erholen mußte oder ob er aus seiner früheren Tätigkeit in einem anderen Rechtsstreite genügend informiert war. Die Prozeß- und die Verhandlungsgebühr sind aber von einander unabhängig, sodaß, auch wenn die Verhandlungsgebühr nur zu $^{5}/_{10}$ verdient wird, dem Rechtsanwalt dennoch die angefallene Prozeßgebühr voll verbleibt. (Vgl. Entsch. d. RG., Entsch. VII S. 356; XX S. 426; XXXIV S. 426.) (Beschl. vom 23. März 1906). W.

501

II.

Zu § 335 Ziff. 2 ZPO. Auf die von Rechtsanwalt R. namens des A. gegen B. zum Landgerichte T. erhobene Klage wegen Entschädigung trat Rechtsanwalt B. mit Schriftsatz vom 8. Mai 1905 als Bevollmächtigter des B. auf. Nach Verhandlung und Erlassung eines Beweisbeschlusses erklärte er mit Schriftsatz vom 30. November 1905, daß er die Vertretung niederlege. B. habe nie einen Prozeßbevollmächtigten gehabt; er, Anwalt, habe dessen Rechte als Beauftragter der Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft E. wahrgenommen. Am 18. Dezember 1905 wurde Termin zur Fortsetzung der Verhandlung auf 5. Januar 1906 anberaumt. Diese Verfügung wurde den Rechtsanwälten R. und B. zugestellt. Am 5. Januar 1906 erklärte B. unter Wiederholung seiner Ausführungen im Schriftsatze vom 30. November 1905, daß er nicht weiter auftrete. Rechtsanwalt R. stellte den Antrag auf Versäumnisurteil. Er übergab Nachweis über die Zustellung der Klage und bemerkte, daß er den Mangel der Prozeßvollmacht des Rechtsanwalts B. nicht rüge. Am 12. Januar wurde der Antrag abgelehnt; die Beschwerde hatte Erfolg.

Gründe: Der Erstrichter stützt seinen Beschluß darauf, daß der Beklagte zum Termine vom 5. Januar 1906 nicht geladen gewesen sei. Die Verfügung, in der Termin auf diesen Tag anberaumt wurde, hätte die Gerichtsschreiberei gemäß § 329 Abs. 3 ZPO. an den Beklagten zustellen sollen, nachdem Rechtsanwalt B. angezeigt hatte, daß er nicht bevollmächtigt sei. Diese Begründung geht fehl. Die Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil gemäß § 335 Ziff. 2 ZPO. ist nur zulässig, wenn eine Ladung notwendig war. Das war hier nicht der Fall. Es genügt die Bekanntgabe des Termins. Die Ladung zum ersten Termin erstreckt ihre Wirkung auch auf die späteren, sodaß nur deren Bekanntgabe notwendig ist. (Seuffert Vorbem. IV zu § 214, Bem 5 zu § 335 ZPO., Gaupp-Stein Vorbem. III zu § 214, Note III 2 zu § 335 ZPO.) Die Bekanntgabe des Termins ist vorschriftsmäßig erfolgt. Nach § 176 ZPO. müssen Zustellungen in einem anhängigen Rechtsstreite an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Die Bestellung besteht darin, daß der Prozeßbevollmächtigte dem Gegner durch Vorlegung der Vollmacht oder durch Mitteilung in einem Schriftsatz oder in der Verhandlung namhaft gemacht wird. (Gaupp-Stein Note 3 zu § 176 ZPO.) Die Bestellung des Rechtsanwalts B. ist mit Schriftsatz erfolgt. Von da an hatten alle Zustellungen an ihn zu geschehen, bis dem Gegner Anzeige über Bestellung eines anderen Anwalts zuging. (§ 87 ZPO., Gaupp-Stein Note 1 zu § 87 l. c.) Die im Schriftsatze vom 30. November 1905 mitgeteilte Niederlegung der Vertretung war nicht zu beachten, da es sich um einen Anwaltsprozeß handelt. Aus demselben Grunde durfte das Gericht den im nämlichen Schriftsatze und im Termine vom 5. Januar 1906 aufgedeckten Mangel der Vollmacht nicht von Amts wegen berücksichtigen. Der Gegner aber hat diesen Mangel nicht gerügt. (§ 88 ZPO., Gaupp-Stein Note II zu § 88 ZPO.) Es kann zugegeben werden, daß die Vorschrift des § 87 ZPO. von der Voraussetzung ausgeht, daß ein Vollmachtsvertrag vorliegt. Das ist aber von keiner Bedeutung, wenn das Gesetz, wie hier, die Prüfung der Frage, ob diese Voraussetzung zutrifft, verbietet. (Beschluß vom 5. Februar 1906.) W.

503

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Zu § 124 ZPO. Das Landgericht hatte den Antrag des dem Kläger beigegebenen Anwalts auf Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen zurückgewiesen, weil der Rechtsanwalt als Armenanwalt

seine Gebühren und Auslagen nur von einem in die Prozeßkosten „verurteilten" Gegner beitreiben könne, diese Vorschrift also im Falle eines Prozeßvergleichs keine Anwendung finde. Das Oberlandesgericht hob — Beschluß des II. ZivSen. vom 11. Mai 1906 — aus folgenden Gründen auf. Nach § 104 ZPO. kann der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten allgemein auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels, also auch eines gerichtlichen Vergleiches, geltend gemacht werden. Der Ausdruck „verurteilt" in § 124 ZPO. ist in weiterem nur den Normalfall hervorhebenden Sinne zu verstehen. Das Gegenteil ist nicht daraus zu folgern, daß § 123 ZPO. den Fall, daß der Gegner der armen Partei in die Prozeßkosten verurteilt wurde, und den, daß der Rechtsstreit ohne Urteil über die Kosten beendet ist, auseinanderhält. § 123 behandelt eine von § 124 ganz verschiedene Frage, die der Erstattung von Gerichtskosten: die Verwertung seiner Ausdrucksweise auf die Auslegung von § 124 — Erstattung von Anwaltskosten — ist daher an sich schon bedenklich; dazu kommt, daß die Worte „oder der Rechtsstreit ohne Urteil über die Kosten beendet ist", erst in der Kommissionsberatung eingefügt sind und sich nur auf den Fall einer außergerichtlichen Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich beziehen sollen (Kommiss.Prot. Hahn II 987).

572 Mitgeteilt v. Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Reugeld oder Vertragsstrafe? Vertragsschluß unter einer Rechtsbedingung. Annahmeerklärung in zwei gleichzeitigen Schriftstücken gilt als einheitliche Erklärung. Richtige Auslegung eines Antrags enthält keine Aenderung (BGB. §§ 150, 339, 343, 359). Die Klägerin hat dem Beklagten ein Hypothekendarlehen bewilligt, der Beklagte es nicht abgenommen. Die Klage ist auf die Vereinbarung eines Reugeldes nach § 359 BGB., nicht auf die einer Vertragsstrafe nach § 339 a. a. O. gestützt. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß der Anspruch auf Reugeld entsteht, wenn der Vertragsgegner von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, während der Anspruch auf Vertragsstrafe das Fortbestehen der Vertragsverpflichtung zur Voraussetzung hat (OLG. Rspr. Bd. 8 S. 44). Hier wurde, falls die Hypothekbestellung nicht rechtzeitig erfolgte, die Klägerin von ihrer Darlehenszusage entbunden und der Beklagte von der Verpflichtung zur Abnahme des Darlehens befreit. Die für diesen Fall vom Beklagten versprochene Leistung war also ein Reugeld, sodaß das bei der Vertragsstrafe nach § 343 a. a. O. gewährte richterliche Ermäßigungsrecht hier nicht Platz greifen könnte. Der Anspruch auf Reugeld setzt das Vorhandensein eines gültigen Vertrags voraus; vom Beklagten wird aber geltend gemacht, ein Darlehensvorvertrag sei wegen mangelnder Willensübereinstimmung nicht zustande gekommen. Dieser Einwand ist gerechtfertigt. Zum Abschluß eines Vertrags ist erforderlich, daß sich der rechtsgeschäftliche Wille zweier oder mehrerer Personen auf die Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung einigt und die Einigung genügend zum Ausdruck kommt. Der Vertrag kommt regelmäßig dadurch zustande, daß der eine Teil einen Vertragsantrag macht, der andere den Antrag annimmt. Die Annahmeerklärung muß eine vorbehaltlose Zustimmung zu allen Punkten des Antrags enthalten; eine eingeschränkte Annahme gilt nach § 150 Abs. 2 BGB. als Ablehnung mit einem neuen Antrag. Ob eine modifizierte Annahme vorliegt, ist Tatfrage. Hier ist als Antrag des Beklagten dessen Darlehensgesuch anzusehen. Für die Annahme dieses Antrags kommen zwei Erklärungen der Klägerin in Betracht. Unter dem Darlehensgesuche steht: „Den vorstehenden Darlehensantrag akzeptieren und genehmigen wir hiermit unter der Voraussetzung, daß die in demselben enthaltenen Angaben und Verhältnisse sich als unverändert und richtig erweisen werden." In einem beigelegten Briefe der Klägerin wird aber noch weiter die Beibringung eines Nachweises der polizeilichen Genehmigung der beiden Wohnungen im Mansardenstock des Hauses verlangt. Daraus ergibt sich zunächst, daß die Klägerin durch die dem Darlehensgesuche beigefügte Erklärung den Antrag des Beklagten glatt angenommen hat; denn die weitere beigesetzte Voraussetzung der Richtigkeit und des unveränderten Fortbestands der gemachten Angaben enthält keine eigentliche Bedingung, sondern eine schon durch § 610 BGB. bestehende Rechtsbedingung, deren Beifügung überflüssig und bedeutungslos war und daher auch da nicht schadet, wo das Gesetz den Zusatz von Bedingungen für unzulässig erklärt hat (Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl., Vorbem. zu § 158 Ziff. 7 a). In dem Briefe ist aber eine im Darlehensantrage nicht enthaltene Bedingung beigefügt, nämlich die Beibringung des Nachweises über die polizeiliche Genehmigung der Mansardenwohnungen; es ist dies eine Vermehrung der Verpflichtungen des Beklagten. Die Klägerin bringt vor, der Darlehensantrag sei durch die darunter gesetzte Erklärung uneingeschränkt angenommen und damit der Vertrag perfekt geworden; der Inhalt des Briefes könne hieran nichts ändern; übrigens sei in dem Briefe keine neue selbständige Vertragsbedingung gesetzt, sondern nur eine Auslegung des Vertrags beigefügt worden. Dieses Vorbringen ist aber unzutreffend. 1. Die Ansicht der Klägerin, die glatte Annahme des Darlehensgesuches durch die darunter gesetzte Erklärung werde durch den Inhalt des gleichzeitigen Briefes nicht beseitigt, ist irrig. Der Vertragsschluß tritt in dem Augenblicke ein, in welchem die Annahmeerklärung, welche regelmäßig eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, dem Antragsteller zugegangen ist (Staudinger a. a. O. § 146 Ziff. 2; § 151 Ziff. 1). Wenn dem Antragsteller zu gleicher Zeit zwei auf die Annahme sich beziehende schriftliche Erklärungen zugegangen sind, so können solche nicht auseinandergerissen werden, sondern der Inhalt beider Schriftstücke gilt als gemeinschaftliche Annahmeerklärung. Es ist bestritten, ob ein Telegramm: „Antrag angenommen, brieflich näheres" als glatte Annahme oder als Annahme unter Vorbehalt von brieflich mitzuteilenden Modifikationen anzusehen ist (Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl., § 150 Ziff. 2 Abs. 3; Staudinger a. a. O. § 150 Ziff. 2 Abs. 3; Staub, Komm. z. HGB., 6. u. 7. Aufl., Exkurs zu § 361 Anm. 49). Unstrittig ist aber, daß eine Ablehnung im Sinne des § 150 Abs. 2 vorliegt, wenn der auf das Telegramm folgende Brief Modifikationen enthält. Das Gleiche muß um so mehr aber auch dann gelten, wenn eine glatte Annahmeerklärung gleichzeitig von einem mit Abänderungen versehenen Briefe begleitet ist. Die klägerische Auffassung wäre nur richtig, wenn zunächst die Annahme uneingeschränkt erklärt und erst später der modifizierende Brief nachgesendet worden wäre: in diesem Falle läge ein endgültig abgeschlossener Vertrag vor und der nachfolgende Brief enthielte nur einen Antrag auf Aenderung des Vertrags, welchen der Beklagte zurückweisen konnte. 2. Ebensowohl wie unerhebliche Zusätze, welche den Charakter von Wünschen, nicht von Vertragsmodalitäten haben, bei der Annahmeerklärung unschädlich sind, ist dies auch der Fall bei einer Auslegung, welche der Annehmende dem gegnerischen Antrage oder seiner eigenen Erklärung gibt, sofern die Auslegung nur die richtige ist (Staub a. a. O. Anm. 50). Es liegt hier aber keine Auslegung vor und wenn ja, so wäre sie nicht richtig (folgt tatsächliche Ausführung). (Urt. vom 10. März 1906; BerReg. 312/04.)

484 Mitg. von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.



Oberlandesgericht Nürnberg.

Voraussetzungen der Oeffentlichkeit eines Weges. Zulässigkeit der Erörterung dieser Frage im Rechtswege? Erwerb einer Dienstbarkeit per alienationem ipso facto. Der Beklagte G. hatte einen über eines seiner Grundstücke führenden, nicht ganz gefahrlosen Weg gesperrt. Kläger S. forderte zugunsten seines am Wege sich hinziehenden Grundbesitzes die Anerkennung eines Wegerechts und Beseitigung der Störung. G. bestritt die Aktivlegitimation des S., da ein öffentlicher Weg in Frage stehe und nur die Gemeinde W. klageberechtigt sei. In zwei Instanzen wurde der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: 1. Die Feststellung der Oeffentlichkeit eines Weges liegt schon mit Rücksicht auf den aus privatrechtlichen Gründen erhobenen Widerspruch gegen die Oeffentlichkeit, aber auch deswegen den Zivilgerichten ob, weil der Beklagte ein Privatrecht der Gemeinde auf fremdem Grund behauptet. Seuff. Arch. Bd. 43 S. 219, Kahr, GemO. Bd. I S. 391, Entsch. d. ObLG., Bd. IX S. 703, Bd. XVIII S. 363, JW. 1906, S. 233. Es ist richtig, daß bei Oeffentlichkeit des Weges ein Privatrecht des Klägers auf Begehung daneben nicht angenommen werden könnte. Seuff. Arch. Bd. 59 S. 129, Kahr a. a. O. Bd. I S. 350, Entsch. d. ObLG., Bd. VIII S. 625 u. Bd. X S. 200. Allein der Weg ist kein öffentlicher, sondern ein Privatweg, gegen dessen Begehung durch beliebige Personen bisher nur nichts erinnert wurde. Oeffentliche Wege sind solche, welche zufolge Widmung durch einen Staats- oder Gemeindeverband dem gemeinen Gebrauch dienen sollen, also unter öffentlicher Autorität dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind. Dies kann auch stillschweigend erfolgen und letzteres ist anzunehmen, wenn die Beteiligten — die zuständige Behörde und der Eigentümer — ihr Einverständnis damit zu erkennen gegeben haben, daß der Weg vom Publikum als öffentlicher benützt werde. Ob dieses Einverständnis vorhanden ist, ist nach den Umständen zu beurteilen. Dadurch allein, daß ein Weg seit langer Zeit von jedermann ungehindert benützt worden ist, wird er nicht ein öffentlicher. Es ist zu prüfen, ob der Weg unter Zustimmung der Beteiligten dem öffentlichen Verkehr übergeben ist, wobei die Oeffentlichkeit nicht aus der rechtlichen Qualifikation der Zeugen, sondern selbständig zu beurteilen ist. Entsch. des RG. in ZS., Bd. 44 S. 299; Kahr, GemO. Bd. I S. 346/347; Entsch. d. ObLG., Bd. IX S. 703. Die Sachlage spricht aber dafür, daß der Weg nur zum Besten der Nachbarn angelegt wurde und auch nur einem Bedürfnisse dieser bisher diente. (Folgt die Wiedergabe des Beweisergebnisses.) Es besteht kein allgemeines Interesse für seine Benützung. Abgesehen davon, daß die Gemeinde W. unter Billigung des Bezirksamtes seine Notwendigkeit für den öffentlichen Verkehr verneint, hat auch objektiv der Weg keine ins Gewicht fallende Bedeutung für die Allgemeinheit. Er zieht durch einen entlegenen, wenig bebauten Teil der Stadt und ermöglicht nur eine Abkürzung von 138 Schritten; die Zeitersparung ist so gering, daß das Interesse einer Gemeinde an dem Bestehen des Weges verneint werden konnte. Die Entscheidung des ObLG. in Bd. 3 n. F. der Slg. S. 119 ff. steht dem nicht entgegen, denn dort war es die Gemeinde, die das Wegerecht als Bedürfnis in Anspruch nahm, während hier die Gemeinde ein solches von jeher in Abrede stellte. Ob der Weg als öffentlich im Katasterplan eingezeichnet ist, und ob die Bewohner von U. ihn stets als Kirchen- und Schulweg benützten, ist gleichgültig (vgl. RG. bei Gruchot Bd. 40 S. 1174). Die Einwohner von U. konnten für die Gemeinde W. gegen deren Willen keine Rechte erwerben.

Daraus, daß der Weg für die Allgemeinheit kein Bedürfnis ist, folgt nicht, daß er für die Angrenzer keines ist. Eine Abkürzung von 138 Schritten fällt bei dem regen Verkehr der Arbeiter des Klägers zwischen dem Grundstücke Plan 222$^1/_3$ und dem Hauptanwesen stark in die Wagschale. Dieses Bedürfnis war es auch, welches, solange die Grundstücke noch in einer Hand vereinigt waren, das eine dem andern dienen, Türe und Brückchen auf den Weg hinaus anbringen und als die Grundstücke getrennt verkauft wurden, den bisherigen Zustand nicht aufheben, sondern nach wie vor unverändert fortdauern ließ. Der Kläger hat auch seine Herrschaft über den Weg durch dessen Unterhaltung, die er neben dem Beklagten betätigte, durch Jahrzehnte bewiesen.

2. Den Ausführungen des Erstrichters, der den Erwerb des Wegerechtes per alienationem ipso facto feststellt, wird beigepflichtet. Der Einwand des Beklagten, ein solcher Erwerb könne nicht Platz greifen, wenn der bisherige eine Besitzer beide Grundstücke — das herrschende und dienende — gleichzeitig veräußere, denn dann könne von seinem Willen auf Begründung einer Servitut keine Rede sein, ist unstichhaltig. Die Beziehungen zweier Grundstücke spielen bei Verkäufen eine wesentliche Rolle. Das verkaufte Grundstück geht regelmäßig mit allen Vorteilen und Rechten oder Lasten auf den Erwerber über. Daß dies auch hier der Fall war, beweist die Tatsache, daß an der Benützungsweise nichts geändert wurde. Der Beklagte gibt zu, daß sein Grundstück Pl.-Nr. 1465 mit einem Wegerecht belastet sei; er will es aber nicht dem Kläger als Grunddienstbarkeit, sondern der Gemeinde zugunsten der Einwohner zugestehen. Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß die Erwerber und der Veräußerer — die Verträge wurden an einem Tage beurkundet — darüber einig waren, daß das bisherige faktische Benützungsverhältnis auch nach der Trennung der Grundstücke, also im Besitze zweier Eigentümer fortbestehen solle. (Entsch. d. ObLG., Bd. VIII S. 408—410 ff., 414, XVIII S. 214; Anm. z. bayr. LR. Teil II cap. VII § 3 lit d.) (Urt. vom 2. April 1906.) H.

494

Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Vorentscheidung des VGH. bei Ersatzansprüchen gegen die Staatskasse wegen Verletzung der Amtspflicht durch beamtete Sachverständige (insbesondere Landgerichtsärzte). In der Entscheidung des VGH. vom 11. April 1906 (Sammlg. Bd. 27 S. 90 ff.) ist ausgesprochen, daß an und für sich als Beamte im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VGHG. auch solche zu erachten sind, die „als amtliche Sachverständige durch Erstattung von Gutachten bei und zu dem Zwecke der Ausübung öffentlicher Gewalt mitzuwirken haben". Gleichwohl wurde jedoch die Notwendigkeit einer Vorentscheidung des VGH. in einem Falle verneint, in dem die Haftung des Staats wegen eines Gutachtens in Anspruch genommen wurde, das ein Landgerichtsarzt auf Verlangen des Untersuchungsrichters über den Geisteszustand eines Angeschuldigten in einem Strafverfahren abgegeben hatte. Es wurde hierbei angenommen, daß der Landgerichtsarzt, soweit er durch Erstattung der von den Strafgerichten verlangten Gutachten zur Handhabung der Strafrechtspflege mitwirke, als „Beamter der Gerichtsbarkeit" im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Satz 4 VGHG. anzusehen sei, obwohl er der Kreisregierung, Kammer des Innern, dienstlich untergeordnet sei. In dem fraglichen Gutachten hatte sich der Landgerichtsarzt auch über die Gemeingefährlichkeit des Angeschuldigten geäußert. Dieser Umstand wurde für belanglos erklärt, weil das Gutachten gegenüber dem Gericht abgegeben war und auch der von der Gemeingefährlichkeit des Angeschuldigten handelnde Teil

nicht unmittelbar zur Herbeiführung polizeilicher Maßnahmen, sondern nur als Grundlage für die weitere Tätigkeit des Staatsanwalts (Benachrichtigung der Polizeibehörde) dienen sollte.

Schließlich wurde noch ausgesprochen, daß eine Vorentscheidung des VGH. auch in bezug auf Zeugnisse nicht stattfindet, die ein Landgerichtsarzt in Ausübung ärztlicher Praxis an Private ausstellt, auch wenn er bei der Fertigung der Zeugnisse die Kenntnisse verwertete, die er in einem vorausgegangenen Strafverfahren als Amtsarzt erlangt hatte.

588 — — — n.

Literatur.

Haberstumpf, Dr. Albert, II. Staatsanwalt in München, Bayerisches Gesetz vom 9. August 1902 betr. das Nachlaßwesen, nebst der Nachlaßordnung vom 20. März 1903 und den einschlägigen Nebenbestimmungen. 2. Auflage, bearbeitet von **Richard Barthelmeß,** k. Amtsrichter in München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Gebd. Mk. 4.—.

Mit außerordentlicher Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit hat der Bearbeiter der 2. Auflage die Ergebnisse der Literatur und Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit in seinen Erläuterungen verwertet, so daß die kleine Ausgabe zu einem stattlichen Bändchen von 501 Seiten angewachsen ist und nicht nur eine erschöpfende Darstellung des Nachlaßverfahrens, sondern auch ergiebige Beiträge zum materiellen Erbrecht enthält. Die Erläuterungen zur Nachlaßordnung — deren allzu kleiner Druck dem angestrengten Auge des praktischen Juristen leider förmlich weh tut — enthalten eine Fülle praktischer Ratschläge und Hinweisungen, die um so wertvoller sind, als sie unmittelbar aus der Erfahrung eines Nachlaßrichters an einem stark beschäftigten Gerichte gewonnen sind. Auch eigene selbständige Stellungnahme des Bearbeiters zu zweifelhaften Fragen läßt das Büchlein nicht vermissen. Sehr beachtenswert sind z. B. die Bedenken, die auf S. 197, 198 gegen die Zulässigkeit des gegenständlich beschränkten Erbscheins vorgebracht werden, ferner möchten wir besonders auf die Ausführungen über die „Anerkennung" letztwilliger Verfügungen (S. 166, 167) hinweisen, die u. E. völlig zutreffen, und bei deren Beherzigung sich der Nachlaßrichter manche nutzlose Mühe wird ersparen können. von der Pfordten.

Buchert, Karl, Rat des Kgl. Bayer. Verwaltungsgerichtshofs. Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze nebst einer Anzahl derartiger Verordnungen &c. für das Königreich Bayern. Unter Berücksichtigung aller bisherigen Aenderungen nach dem nunmehr gültigen Texte mit Beifügung eines Sachregisters. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 12.—.

Diese dankenswerte übersichtliche Sammlung enthält nunmehr in alphabetischer Reihenfolge 119 Gesetze und Verordnungen in überaus angenehm zu lesendem Drucke. Da mit jedem neuen Jahre die Gesetzgebung auf den einschlägigen Gebieten immer unübersehbarer wird, ist ein solches Buch für den praktischen Juristen unentbehrlich und für den Studierenden von größtem Werte, da es ihm ermöglicht, alle Vorschriften, deren in den Lehrbüchern Erwähnung getan wird, sofort aufzufinden und in dem jetzt maßgebenden Texte nachzulesen. Es wäre sehr wünschenswert, daß unsere Universitätslehrer immer wieder darauf hinweisen, wie anregend und fördernd dieses Nachlesen der Gesetzestexte auf das Studium wirkt. P.

Jastrow, Hermann, Amtsgerichtsrat zu Berlin. Die Gesetze des Reiches und Preußens über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. 4. vermehrte Auflage. Berlin 1906, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Gebd. Mk. 3.—.

Diese zunächst dem Gebrauche der preußischen Praxis dienende Ausgabe ist auch für Bayern verwertbar, weil sie kurze aber treffliche Erläuterungen zum FGG. enthält, die u. a. auch auf die bayerischen Ausführungsgesetze verweisen. Besondere Erwähnung verdienen auch die Anmerkungen zu dem internationalen Abkommen vom 12. Juni 1902 zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige. P.

Friedländer, Dr. A., Landrichter in Limburg a. L. Die Rechtshilfe im Verkehr mit den ordentlichen Gerichten nach dem deutschen Reichsrecht. Zusammenstellung der einschlägigen Bestimmungen mit Anmerkungen und Sachregister. Berlin 1906, J. Guttentag. Gebd. Mk. 1.80.

Eine praktische Sammlung, die außer den eingehend erläuterten §§ 157 bis 169 GVG. und einem Auszug aus dem FGG. Abschnitte aus zahlreichen weniger bekannten und geläufigen Gesetzen mit Anmerkungen unter Anführung der Rechtsprechung wiedergibt. P.

Fritsch, K., Geh. Oberregierungsrat und vortr. Rat im Reichsamt für die Verwaltung der Reichseisenbahnen. Handbuch der Eisenbahngesetzgebung in Preußen und dem Deutschen Reiche. Berlin 1906, Verlag von Julius Springer, brosch. Mk. 16.—, geb. Mk. 17.50.

Diese außerordentlich umfassende Arbeit (971 S.) enthält die gesamten Materialien des preußischen Eisenbahnrechts, die mit teilweise sehr umfassenden Erläuterungen versehen sind. Wenn sie auch zunächst für Preußen bestimmt ist, so wird sie doch den Juristen und Verkehrsbeamten anderer Bundesstaaten vortreffliche Dienste leisten, weil sie auch die reichsgesetzlichen Vorschriften in erschöpfender Weise zusammenfaßt. Die Herstellung eines ähnlichen, das Eisenbahnrecht von Bayern darstellenden Buches wäre wünschenswert. von der Pfordten.

Grill, Lorenz August, Kgl. Bezirksamtmann in Altötting. Die Reichsgesetze über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 und über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 in der Fassung des EG. z. BGB. Mit den Vollzugsvorschriften für Bayern. 3. umgearbeitete Auflage. München 1906. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Geb. Mk. 3.—

Dieses vortreffliche Buch ist nunmehr wieder auf den neuesten Stand gebracht. Den beiden Reichsgesetzen ist diesmal ihr fortlaufender Text vorausgestellt. Zweifellos wird sich die 3. Auflage als eben so praktisch bewähren, wie ihre Vorgängerinnen. P.

Gareis, Dr. Karl, Geh. Justizrat und Universitätsprofessor in München. Allgemeine deutsche Wechselordnung nebst den Nürnberger Novellen und dem Wechselstempelsteuergesetz. Fünfte veränderte Auflage. München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Gebd. Mk. 1.60

Den wertvollsten Teil der eleganten und handlichen Ausgabe bildet die Einleitung, die unter Mitteilung zahlreicher Formulare und Musterbeispiele in faßlicher Weise in die Grundlagen des Wechselrechts

einführt. Außer den in dem Titel angeführten Gesetzen enthält das Büchlein auch das norddeutsche, das preußische und das bayerische Einführungsgesetz sowie einschlägige Abschnitte aus dem HGB. und der ZPO.

von der Pfordten.

Prym Dr. Eduard, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach BGB. Berlin. J. Guttentag. 94 S. 2 Mk.

Durch einen und denselben äußeren Vorgang kann ein Deliktsanspruch und ein Vertragsanspruch entstehen: Bestehen sie nur insofern, als auf den äußeren Vorgang zwar zwei verschiedene je einen Anspruch erzeugende Bestimmungen passen, die eine Bestimmung aber mit Rücksicht auf die andere ausfällt, sodaß der eine Anspruch absorbiert wird und nur als „virtueller" übrig bleibt? Oder — und dies erscheint dem Verfasser als das richtige — es haben beide Ansprüche nebeneinander eine selbständige, von einander unabhängige Existenz, so daß also zwei reelle Ansprüche vorhanden sind, die nur insoferne eine Beziehung zu einander haben, als wirkliche Befriedigung des einen Anspruchs (aber nur diese, nicht die Klageerhebung, Verurteilung oder fruchtlose Zwangsvollstreckung) den anderen ausschließt. Die Abhandlung untersucht zunächst einen zweifellos ein Delikt darstellenden Tatbestand daraufhin, ob er auch eine Vertragsverletzung darstellen kann, und prüft dann einen zweifellos eine Vertragsverletzung begründenden Vorgang auf seine deliktische Natur; dabei ergibt sich Gelegenheit, auf dem Gebiete wichtiger und bestrittener Lehren (positive Vertragsverletzung, „Recht" i. S. von § 823 I BGB., objektive Rechtswidrigkeit) treffende und anregende Bemerkungen einzuflechten. Von besonderer Bedeutung erscheint, was der Verfasser darüber beibringt, daß die hinter den konkurrierenden Ansprüchen stehenden Rechtsnormen zu einander im konstanten Verhältnisse von lex specialis zu lex specialis stehen (gegen v. Liszt, Del.-Obl. und RGZ. Bd. 59 S. 104). Den Schluß der empfehlenswerten Schrift bildet eine — vielleicht etwas zu weitläufige — Behandlung der Frage, ob jenes Ergebnis des Nebeneinanderbestehens der Ansprüche eine Modifikation erfährt, wenn der äußere Vorgang nicht bloß unter die Tatbestände einer Vertragsverletzung und eines Delikts fällt, sondern gleichzeitig noch einen dritten (gesetzlichen) Tatbestand umfaßt, den in den §§ 985 ff. BGB. umschriebenen, daß nämlich der Schuldner Besitzer, der Gläubiger Eigentümer der Sache ist. Die schwierigen §§ 987—992 BGB. erfahren im Laufe der Untersuchung eine dankenswerte Beleuchtung.

Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Stranz, Dr. J., Justizrat, Rechtsanwalt am Landgericht I Berlin und **Stranz, Dr. M.,** Rechtsanwalt am Kammergericht. Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. 9. Auflage; 2. Auflage der Neubearbeitung.

Loeck P., Regierungsrat in Berlin. Das Reichsgesetz betr. die Wechselstempelsteuer. 8. vermehrte Auflage. Berlin 1905/1906, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

In einem Band gebd. Mk. 3.—.

Es handelt sich hier um zwei selbständige, zweckmäßiger Weise in einem Bändchen vereinigte Arbeiten, deren jede mit einem eigenen Sachregister versehen ist. Der Kommentar zur Wechselordnung ist auf der Grundlage der einst sehr beliebten Ausgabe Borchardt und Ball aufgebaut. Jedoch ist die Umgestaltung so umfassend geworden, daß von dem ursprünglichen Texte wenig mehr übrig geblieben ist und man eine ganz neue Arbeit vor sich hat. Es wird nicht etwa eine bloße Uebersicht über die Literatur und Rechtsprechung gegeben, sondern die Verfasser nehmen in allen wichtigen Fragen eine durchaus selbständige Stellung ein, die sie auch in der Regel kurz und treffend begründen. Beigegeben ist u. a. ein mit Erläuterungen versehener Auszug aus der ZPO. Auch die mit Anmerkungen versehene Ausgabe des Wechselstempelsteuergesetzes ist eine vortreffliche, sorgfältige Arbeit.

—f———

Professor Dr. Hans Groß berichtet im „Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik" 34. Band 1. u. 2. Heft über sein „Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik":

> Soeben erschien bei Fratelli Bocca in Turin die italienische Uebersetzung dieses Buches. Es ist nunmehr übersetzt in das Französische, Russische, Spanische, Dänische, Italienische, Ungarische, Kroatische, Japanische. Die englische Uebersetzung (durch den Kronanwalt Adams in Madras) erscheint demnächst in drei Ausgaben bei drei Verlegern: eine für England, eine für Nordamerika und eine für Indien, Australien und Südafrika.

Notiz.

Geschäftsstatistik der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Das Amtsblatt der Staatsministerien des K. Hauses und des Aeußern und des Innern veröffentlicht in Nr. 10 die Uebersicht über die Tätigkeit den Gewerbe- und Kaufmannsgerichte im Jahre 1905. Von den 36 Gewerbegerichten weist die Mehrzahl zwar nicht sehr hohe Zahlen von Rechtsstreitigkeiten auf, aber doch immerhin eine Geschäftsbelastung, die ihr Dasein einigermaßen rechtfertigt. Etwas komisch nehmen sich nur die „Gerichte" Weißenburg mit einer Klage und Oberhausen (!) mit 3 Klagen aus. Dagegen sind die Zahlen, die wir in der Statistik der Kaufmannsgerichte finden, über alles Erwarten unbedeutend. München mit 670, Nürnberg mit 146 und Würzburg mit 63 Rechtsstreitigkeiten stehen an der Spitze. Augsburg hat es nur auf 26 gebracht. Unter den 23 Kaufmannsgerichten befinden sich nicht weniger als 12, bei denen nicht einmal 10 Klagen anhängig gemacht wurden. Das Gericht in Kulmbach hat überhaupt keine Tätigkeit entfaltet; in Straubing wurde eine Klage erhoben, die sich durch Zurücknahme erledigte. In Ingolstadt, Passau und Schwabach wurden je zwei Sachen erledigt. Die Gesamtsumme für das Königreich beträgt 1134, bei den Gewerbegerichten 6922. Durch Vergleich wurden erledigt bei den Kaufmannsgerichten 54,2 %, bei den Gewerbegerichten 47,6 % aller Sachen. Was die Dauer der Prozesse anlangt, so wurde weitaus die größte Zahl aller durch kontradiktorisches Endurteil erledigten Sachen innerhalb der Frist eines Monats beendet; eine große Anzahl von Rechtsstreitigkeiten dauerte bis zur Verkündung des Endurteils weniger als eine Woche (bei den Gewerbegerichten 45,2 %, bei den Kaufmannsgerichten 35,1 %).

☛ **Notiz:** Die verehrlichen Mitarbeiter werden höflichst gebeten, die Rückseiten der **Manuskriptblätter** frei zu lassen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

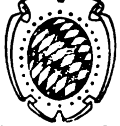
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 17. München, den 1. September 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Ansprüche aus der Mitversteigerung fremder Zubehörstücke und das außergerichtliche Verteilungsverfahren nach § 144 ZVG.

Von **Dr. Koch**, II. Staatsanwalt in Amberg.

Sind Zubehörstücke, die nicht dem Subhastaten gehören, gemäß § 55 Abs. II ZVG. versteigert worden, so tritt nach § 92 ZVG. an die Stelle des dem Dritten hieran zustehenden Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Die Berücksichtigung dieses Anspruches im Zwangsversteigerungsverfahren setzt dessen Anmeldung oder, vor dem Zuschlage, die Anmeldung des ihm zugrunde liegenden, der Versteigerung entgegenstehenden Rechtes, voraus. Die Anmeldung ist an keine Form gebunden. Auch zeitlich ist sie keiner Beschränkung unterworfen; sie kann in jedem Zeitpunkte des Verfahrens bis zum Verteilungstermin und in diesem selbst noch erfolgen (§ 114 ZVG.). Einen Rangverlust hat in diesem Falle eine derartige späte Anmeldung nicht zur Folge, da die Vorschriften des § 110 ZVG. auf die unter § 37 Ziff. 5 ZVG. fallenden Rechte und Ansprüche keine Anwendung finden (Jäckel, Bem. 1 zu § 110).

Das Recht oder der an dessen Stelle getretene Anspruch sind gemäß § 9 Ziff. 2 ZVG. dann glaubhaft zu machen, wenn das Gericht oder ein Beteiligter diese Glaubhaftmachung fordert. Unterbleibt die verlangte Glaubhaftmachung, so bleiben die Rechte und Ansprüche im Verfahren unberücksichtigt.[1])

Durch die Anmeldung und nötigenfalls durch die Glaubhaftmachung erwirbt der Dritte — als solcher soll im nachstehenden der Eigentümer, der seines Rechtes an den Zubehörstücken durch den Zuschlag verlustig ging, bezeichnet werden — die Rechtsstellung eines am Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligten im Sinne des § 9 ZVG. Nur unter dieser Voraussetzung kann und darf er im gerichtlichen, wie im außergerichtlichen Verteilungsverfahren mit seinen Rechten und Ansprüchen berücksichtigt werden (v. d. Pfordten, S. 337; Jäckel, S. 341; Reinhard, S. 199).

Mit diesen seinen Ansprüchen nimmt nun der Dritte eine besondere Stellung unter den übrigen Beteiligten ein. Es ergibt sich das aus der Natur und dem Charakter dieser Ansprüche. Der seiner Rechte verlustig gegangene Eigentümer verlangt nicht gleich den Hypothekgläubigern und den andern Realberechtigten Befriedigung aus der Teilungsmasse, weil diese an die Stelle des ihnen bis dahin haftenden Grundstückes getreten ist, sondern er macht geltend, daß in dem Versteigerungserlöse ein Betrag enthalten ist, der nicht in diesen gehört, der vielmehr ihm für seine mitversteigerten Zubehörstücke vorweg zukommt. Es ist also gewissermaßen ein Aussonderungsanspruch, der hier in Frage steht und nicht mit Unrecht ist deshalb die Stellung des Dritten zu den übrigen Realberechtigten im Zwangsversteigerungsverfahren mit der Stellung des Aussonderungsberechtigten zu den Absonderungsberechtigten im Konkurse verglichen worden.[1])

Hieraus ergibt sich aber auch, an welcher Stelle dieser Anspruch Befriedigung zu finden hat. Er geht allen andern in § 10 ZVG. aufgeführten Rechten vor. Daß der Dritte der Befriedigung der dinglich am Grundstück Berechtigten (§ 10 Ziff. 4 ZVG.) insoweit widersprechen kann, als die von ihm geltend gemachte Ersatzforderung reicht, darüber besteht nirgends ein Zweifel. Es kann aber füglich nicht bestritten werden, daß auch die nach § 10 Ziff. 1 mit 3 ZVG. Berechtigten mit ihren Ansprüchen der Ersatzforderung des Dritten zu weichen haben. Das Zwangsversteigerungsgesetz, das diesen Berechtigten Befriedigung aus dem Grundstücke vor den eigentlichen Realberechtigten, den Hypothekgläubigern usw., gewährt, hat damit keineswegs

---

[1]) Verloren gehen sie damit allerdings ebensowenig wie bei Nichtanmeldung, da dem Berechtigten für jeden Fall der Bereicherungsanspruch gegen denjenigen verbleibt, der bei der Verteilung des Versteigerungserlöses an letzter Stelle zum Zuge kam (Recht 1902, S. 235; Jäckel, S. 155).

[1]) Vgl. hierher die sehr beachtenswerten Ausführungen von Reinhard im ZBlFG. Bd. III S. 414 ff.

einen Anspruch dieser Berechtigten auf denjenigen Teil des Versteigerungserlöses geschaffen, der nach dem Surrogationsprinzip an die Stelle der dem Dritten gehörigen Zubehörgegenstände tritt. Die Vorrechte in § 10 Ziff. 1 mit 3 ZVG. sind nach dem Wortlaute dieses Paragraphen „aus dem Grundstücke" zu befriedigen, also nur aus dem Betrage, der bei der Versteigerung für das Grundstück selbst erlöst wird. Dies zeigt sich klar im Falle einer Sonderversteigerung der Zubehörstücke nach § 65 ZVG. Auf den hierbei erzielten Erlös haben die nach § 10 Ziff. 1 mit 3 bevorrechtigten Beteiligten zweifellos ebensowenig Anspruch wie die übrigen dinglich am Grundstück Berechtigten. Das Gleiche muß aber gelten auch im Falle der Mitversteigerung der Gegenstände gemäß § 55 ZVG., wenn ein Gesamtsteigerungserlös erzielt wird, in dem die fraglichen Beträge nicht ausgeschieden sind.[1])

Diese Ausscheidung hat dann bei Verteilung des Versteigerungserlöses zu erfolgen. In welcher Weise sie zu geschehen hat, ist nun allerdings in Theorie und Praxis streitig. Die herrschende Meinung geht dahin, daß der Dritte Anspruch nur auf denjenigen Betrag hat, um den sich der Versteigerungserlös infolge der Mitversteigerung nachweisbar erhöht hat. (Jäckel, Anm. 1 zu § 92; v. d. Pfordten, S. 152, 272; Fischer-Schäfer, Bem. 1 a zu § 92; Steiner, S. 181 Anm. 2.) Es läßt sich nicht verkennen, daß bei dieser Auffassung der Dritte mit seinen wohlbegründeten Rechten in der Regel leer ausgehen wird. Der Wert der Zubehörstücke im Verhältnis zur Hauptsache ist meist so wenig bedeutend, daß eine nachweisbare Beeinflussung der Gebote durch die Tatsache der Mitversteigerung dieser Gegenstände bei Versteigerung des Grundstücks sehr selten oder fast nie stattfinden wird. Damit würde der dem Dritten vom Gesetze (§ 37 Ziff. 5, § 92) eingeräumte Anspruch auf Ersatz aus dem Versteigerungserlöse für den Regelfall praktisch bedeutungslos. Ein solches Ergebnis verträgt sich aber nicht mit der Absicht des Gesetzes und enthält auch eine unbillige wirtschaftliche Härte. Das Gesetz will für den schweren, lediglich aus Gründen der Verkehrssicherheit veranlaßten Eingriff in die Rechte des Dritten, den es mit der Vorschrift des § 55. II ZVG. begeht, diesem auch einen entsprechenden Ersatz mit dem Entschädigungsanspruch an die Teilungsmasse gewähren, der aber von der herrschenden Auffassung praktisch so gut wie beseitigt wird. Dem gegenüber kann die Erwägung nicht entscheidend ins Gewicht fallen, daß der Dritte in der Lage ist, seine Rechte vor der Versteigerung nach § 37 Ziff. 5 ZVG. zu wahren, denn sie wird der Tatsache nicht gerecht, daß in einer großen Zahl von Fällen der Dritte bei den oft recht komplizierten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht oder vor allem nicht rechtzeitig in der Lage ist, sich in der beregten Weise zu schützen. Auch die Rücksichtnahme auf die Interessen der Realberechtigten kann nicht durchschlagen gegenüber der Erwägung, daß das Gesetz dem Dritten für den Schaden, den es ihm zufügt, einen Anspruch einräumt, den es vor denen der Realberechtigten befriedigt wissen will. Im praktischen Ergebnisse wird man sich deshalb wohl der Auffassung Reinhards anzuschließen haben, wonach für die Berechnung des Ersatzanspruches des Dritten als maßgebend zu erachten ist das Verhältnis zwischen dem Wert der mitversteigerten Gegenstände zu dem Werte des ganzen Versteigerungsgegenstandes. (Vgl. Reinhard, Komm. z. ZVG. S. 199, 200 und neuerdings in der schon angeführten Abhandlung im ZBlFG. Bd. III S. 414 ff.)

Der Anspruch, den hiernach der Dritte geltend zu machen in der Lage ist, unterliegt im gerichtlichen Verteilungsverfahren der Vorschrift des § 114 ZVG. Er ist der Höhe und dem Betrage nach spätestens im Verteilungstermine anzumelden. Die bloße Anmeldung des Anspruches als solchen genügt also nicht. Denn es fällt nicht in die Aufgabe des Vollstreckungsgerichts, den Wert des angemeldeten Rechtes oder Anspruches von Amts wegen zu ermitteln (vgl. v. d. Pfordten Bem. 4 zu § 92 und die dortigen Zitate). Die Nichtanmeldung des Betrages hätte zur Folge, daß der Anspruch im Verteilungsverfahren unberücksichtigt bleibt. Hinsichtlich der Art und Weise der Behandlung derartig ordnungsgemäß angemeldeter Ansprüche Dritter im Verteilungsverfahren selbst mag hier auf die klaren und eingehenden Ausführungen Reinhards in der mehrfach angeführten Abhandlung S. 417 ff. verwiesen werden.

Beim außergerichtlichen Verteilungsverfahren gemäß § 144 ZVG. wird regelmäßig Nachstehendes zu beachten sein:

Ist der Anspruch des Dritten im Verfahren nicht angemeldet oder nach Anmeldung auf Verlangen nicht glaubhaft gemacht worden, so ist er bei der Verteilung weder vom Ersteher noch vom Gericht zu berücksichtigen.

Hat der Dritte jedoch seinen Anspruch mit einem bestimmten Betrage angemeldet und ist der Anspruch weder seinem Grunde noch dem Betrage nach von einem Beteiligten bestritten, so kann der Ansteigerer, sofern auch er den Anspruch nach der doppelten Richtung als begründet anerkennt, mit dem entsprechenden Teile des Strichschillings den Dritten befriedigen. Der Vollstreckungsrichter wird

[1]) Wenn hiernach diese Berechtigten auch den Anspruch des Dritten auf vorzugsweise Befriedigung anzuerkennen haben, so kann diese Verpflichtung nur mit der Maßgabe bestehen, daß hierdurch die zur Deckung des geringsten Gebotes erforderliche Summe nicht verkürzt wird. Zu einer Verletzung des Deckungsprinzipes darf die Berücksichtigung der Ansprüche des Dritten nicht führen. (Vgl. hierüber Reinhard a. a. O. S. 419.) Die Fälle, in denen dies eintreten würde, dürften übrigens bei dem im Verhältnis zum Gesamtsteigerungserlös meist geringen Betrag, der auf die Ansprüche wegen der versteigerten Zubehörstücke fällt, recht selten sein.

sich mit dem hierüber nach Maßgabe des § 144 ZVG. vorgelegten Nachweise begnügen. Zwar muß ihm auch hier, wie nach der herrschenden Anschauung (vgl. Jäckel, S. 412; Fischer-Schäfer, S. 406) im gerichtlichen Verteilungsverfahren, die Befugnis eingeräumt werden, jederzeit, auch nach Stellung des Antrages auf außergerichtliche Strichschillingsausweisung und nach Vorlage des Nachweises der Befriedigung des Dritten, die Glaubhaftmachung des angemeldeten Anspruches auch seiner Höhe nach zu verlangen und hiervon die Zulassung des Antrages des Ansteigerers abhängig zu machen. Allein von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, besteht für ihn nur dann ein Anlaß, wenn er Anhaltspunkte irgend welcher Art dafür hat, daß der Anspruch des Dritten nicht oder nicht in der Höhe begründet ist, insbesondere daß möglicherweise auf Benachteiligung der Realgläubiger abzielende Abmachungen zwischen dem Ansteigerer und dem Dritten in Mitte liegen und dergl. Im übrigen kann er es den Beteiligten selbst überlassen, ihre Rechte im Wege der Erinnerung gem. § 144, II ZVG. zu wahren.

Ist der von dem Dritten angemeldete Wertsersatzanspruch dem Grunde oder Betrage nach von einem oder mehreren Beteiligten schon bestritten, so kann nach § 144 ZVG. nicht verfahren werden und es ist ein mit dem Nachweise der Befriedigung des Dritten begründeter entsprechender Antrag des Erstehers abzuweisen. Es ist hier Sache des Erstehers und des Dritten, dafür Sorge zu tragen, daß der Widerspruch der Beteiligten vorher zurückgezogen wird. Dieser Widerspruch ist schon als Erinnerung gegen die vom Ersteher beabsichtigte Art und Weise der außergerichtlichen Verteilung anzusehen. Wie der Widerspruch im gerichtlichen Verteilungsverfahren auch vor der Aufstellung des Teilungsplanes zulässig und an eine besondere Form nicht gebunden ist (v. d. Pfordten S. 342), so ist auch für das außergerichtliche Verteilungsverfahren ein derartiger Widerspruch zu beachten und nach Sachlage kann ihm hierbei eine andere Bedeutung nicht zugemessen werden, als daß gegen die Befriedigung des Dritten bei der beabsichtigten außergerichtlichen Verteilung und damit gegen den hierauf sich stützenden Antrag des Ansteigerers Erinnerung erhoben wird. Es liegt hierin eigentlich schon die Forderung der Einleitung des gerichtlichen Verteilungsverfahrens, in dem bei mangelnder anderweitiger Vereinbarung allein ein derartiger Widerspruch ausgetragen werden kann. Es wäre auch eine offenbare Unbilligkeit, bei solcher Sachlage durch Einleitung des Verfahrens nach § 144 ZVG., den oder die widersprechenden Beteiligten zu zwingen, bei Meidung des Verlustes ihrer Rechte im Verfahren ihre Einwendungen gegen den Anspruch des Dritten nochmals in Form der „Erinnerung" geltend zu machen.

Hat der Dritte sein der Versteigerung entgegenstehendes Recht oder nach dem Zuschlag den an dessen Stelle getretenen Anspruch auf Wertsersatz angemeldet, nicht aber den Betrag, den er hierfür zu fordern hat, so ist zu unterscheiden:

Stellt in einem derartigen Falle der Ansteigerer den Antrag auf außergerichtliche Strichschillingsausweisung, ohne hierbei das Recht oder den Anspruch des Dritten zu berücksichtigen, so muß ein derartiger Antrag abgewiesen werden. Der Dritte hat dadurch, daß er sein Recht angemeldet hat, die Rechtsstellung eines am Verfahren Beteiligten gemäß § 9 Ziff. 2 ZVG. erworben. Nach § 37 Ziff. 5 und § 92 ZVG. muß er als „Berechtigter" im Sinne des § 144 ZVG. erachtet werden. Das Gericht hat also auch ihn zu berücksichtigen, wenn es gemäß § 144 prüft, ob diejenigen Berechtigten, deren Ansprüche durch das Gebot gedeckt sind, befriedigt sind. Da nach den obigen Ausführungen der Dritte stets die Befriedigung vor allen übrigen Beteiligten unmittelbar nach den Kosten zu fordern hat, so m u ß der Ansteigerer den Nachweis seiner Befriedigung erbringen.[1]) Aus diesem Grunde ist es für die Berücksichtigung des Anspruchs durch das Gericht gleichgültig, in welcher Höhe dieser Anspruch besteht und deswegen kann hierbei auch die Anmeldung eines bestimmten Betrages nicht die Voraussetzung hierfür sein. Die Sonderbestimmung des § 114 ZVG. mit der Folge der Nichtberücksichtigung des Anspruchs greift hier nicht Platz. Ihre Geltung beschränkt sich auf das gerichtliche Verteilungsverfahren. Ihre unmittelbare oder auch nur entsprechende Anwendung beim Verfahren nach § 144 ZVG. ist im Gesetze nirgends vorgeschrieben. Im gerichtlichen Verteilungsverfahren bildet diese ziffermäßige Anmeldung die notwendige Grundlage für die gerichtliche Aufstellung des Teilungsplanes, da das Gericht von Amts wegen die Festsetzung des Betrages nicht vornehmen kann und deshalb andernfalls eine Verteilung durchzuführen nicht in der Lage wäre. Dieser Grund entfällt beim Verfahren nach § 144 ZVG.

Befriedigt der Ansteigerer in einem derartigen Falle die Ansprüche des Dritten, ohne daß dieser sie im Verfahren dem Betrage nach angemeldet hat, so steht der letztere Umstand dem Verfahren nach § 144 ZVG. nicht im Wege. Das Vollstreckungsgericht wird trotzdem einem Antrage des Erstehers auf außergerichtliche Strichschillingsausweisung, der im übrigen in Ordnung geht, entsprechen. Wie schon im Vorgehenden ausgeführt, kommt § 114 ZVG. in diesem Verfahren nicht zur Anwendung. Das Gericht hat hierbei eben eine Verteilung nicht vorzunehmen und aus diesem

[1]) Die auf dieser Auffassung beruhende Praxis wurde auch in einem Beschlusse der 6. Ziv.K. des Landgerichts München I vom 1. III. 1906 bestätigt. — Selbstverständlich ist eine Abweisung dann nicht erforderlich, wenn der Dritte eine Befriedigung deshalb nicht beanspruchen kann, weil hierdurch die durch das geringste Gebot gedeckten Rechte und Ansprüche beeinträchtigt würden. (Vgl. hierzu Anm. auf S. 330.)

Grunde ist eine ziffernmäßige Anmeldung des Anspruches bei ihm nicht erforderlich. Die Verteilung ist hierbei vielmehr in die Hände des Erstehers gelegt und es muß aus diesem Grunde auch genügen, wenn der Dritte ihm allein gegenüber die Anmeldung seines Ersatzanspruches der Höhe nach betätigt. Nun erstreckt sich im außergerichtlichen Verteilungsverfahren die Prüfungspflicht des Vollstreckungsgerichts auch darauf, ob der Versteigerungserlös erschöpft ist. Aus diesem Grunde muß der Ansteigerer den Nachweis liefern, in welcher Höhe er den Dritten befriedigt hat. Hierdurch sind auch in diesem Falle die Rechte und Interessen der übrigen Beteiligten gewahrt. Es wird damit, wie durch die Anmeldung, zur Kenntnis der Beteiligten gebracht, zu welchem Betrage der Dritte Entschädigung fordert; das Vollstreckungsgericht ist auch hierbei in der Lage, etwaigen Unregelmäßigkeiten und unglaubwürdigen Ansprüchen durch die Forderung der Glaubhaftmachung des Ersatzanspruchs auch seiner Höhe nach entsprechend zu begegnen und die Beteiligten selbst können durch das gleiche Mittel, sowie nötigenfalls durch Erinnerungen gemäß § 144 Abs. II ZVG. ihre Rechte und Interessen ausreichend wahrnehmen.

Mit der Möglichkeit, daß Erinnerungen erhoben werden, hat der Ansteigerer stets zu rechnen. Es birgt deshalb die außergerichtliche Verteilung in Fällen solcher Art für ihn mannigfache Gefahren in sich. Liegen die Verhältnisse nicht ganz glatt, so läuft er stets Gefahr, doppelt zahlen zu müssen. Diese Möglichkeit liegt um so näher als zur Zeit, wie oben ausgeführt, auch noch die Grundfrage, in welcher Weise diese Ansprüche des Dritten zu berechnen sind, in Theorie und Praxis streitig ist. Es wird sonach in Fällen dieser Art der Ansteigerer von vorneherein am besten den sicheren Weg des gerichtlichen Verteilungsverfahrens beschreiten, wenn anders die Kosten dieses Verfahrens in einem entsprechenden Verhältnis zu dem von dem Dritten geforderten Betrage stehen.

Oeffentliche Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen.

Von Landgerichtsrat **Ungewitter** in Straubing.

I. Die öffentlichen Bekanntmachungen spielen im Rechtsleben eine große Rolle. Die hierfür geltenden Bestimmungen sind nicht gleichartig. Sieht man von den öffentlichen Bekanntmachungen ab, welche Privatpersonen (z. B. nach § 171 BGB.; Bevollmächtigung) erlassen, und beschränkt man sich auf die Untersuchung, auf welche Art richterliche Verfügungen (Urteile, Beschlüsse) öffentlich bekannt gemacht werden, so tritt auch hier noch große Mannigfaltigkeit zutage. Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen durch

1. Das Amtsblatt:

Viele Gesetze schreiben ausdrücklich vor, daß das Gericht eine Verfügung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen habe, z. B. § 66 BGB. (Eintragung eines Vereines in das Vereinsregister) und § 204 ZPO. (öffentliche Zustellung). Die Vorschriften über die Auswahl der zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen bestimmten Blätter (sog. Amtsblätter) sind enthalten in der JMB. vom 4. August 1879 (JMBl. 1879 S. 362 und 1882 S. 267). Hiernach ist für jedes Gericht ein öffentliches Blatt zu bestimmen, in welchem die Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen zu erfolgen hat. Das Blatt muß ein öffentliches d. h. ein allgemeines sein, eine sog. Tageszeitung, nicht eine Fachzeitung oder eine Zeitung mit eng begrenztem Leserkreis. Es ist nicht erforderlich, daß der Verlag des gewählten Blattes im Gerichtsbezirke seinen Sitz hat. Dagegen ist vorgeschrieben, daß nur solche Blätter in Betracht zu ziehen sind, welche im Gerichtsbezirke am meisten verbreitet sind. Demnach ist das Gericht nicht an das im Gerichtsbezirke die weiteste Verbreitung besitzende Blatt gebunden. Das Gericht hat vielmehr unter den mehreren Blättern, die stark verbreitet sind, die Wahl. Auf politische oder religiöse Sonderbestrebungen der Blätter ist keine Rücksicht zu nehmen, da der Zweck der Bekanntmachung „der gerichtlichen Verfügung eine möglichst schnelle und große Verbreitung zu verschaffen“ ausschlaggebend ist. Aus diesem Grunde muß, wenn möglich, ein Blatt gewählt werden, das nicht nur einen großen Leserkreis besitzt, sondern auch mehrmals in der Woche, am besten täglich erscheint.

Für den Fall, daß im Gerichtsbezirke mehrere Blätter stark verbreitet sind, wurden die Gerichtsvorstände von der Justizverwaltung angewiesen, dahin zu wirken, daß die Zeitungsverleger eine Vereinbarung schließen, wonach die amtlichen Bekanntmachungen in allen Blättern erscheinen und die Einrückungsgebühren von dem Verleger des Amtsblattes zum Teil den anderen Verlegern zugewendet werden.

Die Auswahl des Amtsblattes erfolgt bei den Amtsgerichten durch den dienstaufsichtführenden Oberamtsrichter, bei den übrigen Gerichten durch das Präsidium. Vor der Beschlußfassung sind die erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten, welche sich hauptsächlich auf die Verbreitung im Gerichtsbezirke erstrecken. Hierüber ist der Verlag der fraglichen Zeitung und die Postanstalt (Oberpostamt) zu hören.

Die Wahl des Blattes ist in der zweiten Hälfte des Monats Dezember für das folgende Kalenderjahr vorzunehmen und öffentlich bekanntzumachen. Die Bekanntmachung erfolgt durch Anschlag an die Gerichtstafel. Eine andere Art der Bekanntmachung, insbesondere durch Aus-

schreiben in öffentlichen Blättern ist nicht vorgeschrieben, aber allgemein üblich und zweckmäßig. Eine Mitteilung an den Verlag der gewählten Zeitung ist nicht erforderlich, ebensowenig ein Bericht an die vorgesetzte Dienstaufsichtsbehörde oder an das Justizministerium.

Hört das zur Veröffentlichung bestimmte Blatt im Laufe des Jahres auf zu erscheinen, so ist sofort für den Rest des Jahres ein anderes Blatt zu wählen und dies durch Anschlag an das Gerichtsbrett bekannt zu machen. Andere Gründe, wie ein Abonnentenschwund, Uebergang an einen anderen Verlag, Aenderung der Redaktion oder der politischen oder religiösen Sonderbestrebungen des gewählten Blattes berechtigen nicht zum Wechsel des Blattes.

Die Auswahl des Amtsblattes fällt nicht in das Gebiet der Rechtsprechung, sondern ist eine Verfügung der Justizverwaltung. Gegen eine solche gibt es kein Rechtsmittel nach den Vorschriften der Prozeßordnungen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wohl aber kann jedermann, der mit der Auswahl des Blattes nicht einverstanden ist, mit einer Aufsichtsbeschwerde sich an die vorgesetzte Stelle wenden (Art. 69, 72 AG. z. GVG.).

2. Den Deutschen Staatsanzeiger:

An vielen Gesetzesstellen, wie §§ 204, 948, 956 ZPO., 111 KO. ist die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger angeordnet. Der Deutsche Reichsanzeiger ist das amtliche Organ der Deutschen Reichs- und der Preußischen Staatsregierung; er erscheint in Berlin und zwar täglich mit Ausnahme der Sonn- und Feiertage.

3. Andere öffentliche Blätter:

Außer durch das Amtsblatt und den Reichsanzeiger kann die Veröffentlichung gerichtlicher Bekanntmachungen auch durch andere öffentliche Blätter erfolgen, wenn das Gericht im einzelnen Falle eine solche weitere Veröffentlichung für angemessen hält, z. B. nach §§ 204, 1009 ZPO. Es gibt aber auch öffentliche Bekanntmachungen, die weder im Amtsblatt noch im Deutschen Reichsanzeiger zu veröffentlichen sind. So ist in § 687 ZPO. nur vorgeschrieben, daß die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht sowie die Wiederaufhebung einer solchen Entmündigung öffentlich bekannt zu machen ist. Die Art der Bekanntmachung hat das Gericht, soweit nicht landesrechtliche Vorschriften erlassen sind[1]), nach freiem Ermessen zu bestimmen. Dasselbe gilt für die Fälle des § 16 des NMG. und § 36 des PatG. Auch nach §§ 165 und 200 StGB. Hat das Gericht die Art der Veröffentlichung zu bestimmen; erfolgte die Beleidigung jedoch in einer Zeitung oder Zeitschrift, so ist der verfügende Teil des Urteils auf Antrag des Beleidigten durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen und zwar wenn möglich durch dieselbe Zeitung oder Zeitschrift, welche die Beleidigung enthielt. Abgesehen von letzterem Falle ist das Gericht in der Auswahl der öffentlichen Blätter frei; es kann das Amtsblatt oder ein anderes öffentliches Blatt bestimmen.

Fühlt sich eine Partei durch die vom Gerichte bestimmte Art der Bekanntmachung beschwert, so kann sie durch Einlegung eines Rechtsmittels Abhilfe anstreben.

4. Die Gerichtstafel.

Viele Bekanntmachungen sind an die Gerichtstafel anzuheften, z. B. die nach §§ 204, 948 ZPO. Das Gericht hat anzuordnen, auf wie lange Zeit die Verfügung angeheftet bleiben soll, ausgenommen die Fälle, wo das Gesetz selbst (wie in § 320 StPO.) die Dauer der Anheftung vorschreibt. Der Gerichtsschreiber hat den Tag der Anheftung und der Abnahme auf dem angehefteten Schriftstück zu bestätigen; er kann den Gerichtsdiener mit dem Vollzug beauftragen. Es ist unschädlich, wenn das Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird (§ 206 Abs. III ZPO.). Die Anheftung soll jedoch während der ganzen Dauer der Frist bestehen bleiben (s. MB. vom 11. Juli 1901, das Anmeldungsverfahren betr., § 20).

5. Die Gemeindetafel.

Nicht selten wird in Fällen, in denen das Gericht die Art der Bekanntmachung zu bestimmen hat, angeordnet, daß die Bekanntmachung durch Anheftung an die Gemeindetafel (Amtstafel des Magistrats) zu erfolgen hat. Das geschieht besonders häufig in Fällen der öffentlich verübten Beleidigung. Eine andere Frage ist, ob die Gemeindeverwaltung zur Anheftung mitzuwirken oder auch nur die Anheftung zu dulden hat. Die Gemeindetafel ist zunächst für die Bekanntmachungen der Gemeindeverwaltung und des gemeindlichen Standesamtes bestimmt. Andere Behörden sind zur Anheftung an die Gemeindetafel nur befugt, insoweit Gesetze und Verordnungen dieses Recht einräumen. So wurde durch Art. 3 des Gesetzes vom 18. Juni 1898, die Vorbereitung der Anlegung des Grundbuches betr., ausgesprochen, daß die Gemeindebehörden zur Mitwirkung in dem Anlegungsverfahren herangezogen werden können und ist in § 22 der K. Verordnung vom 23. Juli 1898, die Anlegung des Grundbuches betreffend vorgeschrieben, daß die Aufforderung zur Anmeldung der nicht eingetragenen Rechte in den Gemeinden an dem hierfür üblichen Platze zu veröffentlichen sei. Nach § 20 der Bekanntmachung des Justizministeriums vom 1. Oktober 1898, die Vorbereitung der Anlegung des Grundbuches betreffend, muß der Beginn der Anlegungsarbeiten nach § 17 der JMB. vom 11. Juli 1901, das

[1]) Die BayJMB. vom 26. Nov. 1900 (JMBl. S. 1226) ordnet an, daß die Bekanntmachungen im **Amtsblatt zu veröffentlichen** sind.

Anlegungsverfahren betreffend, die Aufforderung zur Anmeldung von Rechten usw. durch Anheftung an die Gemeindetafel bekannt gemacht werden. Hiezu erging die Entschließung des Staatsministeriums des Innern vom 15. Oktober 1898, durch welche die Gemeindebehörden angewiesen wurden, für die Anheftungen der vorgenannten Bekanntmachungen an die Gemeindetafel Sorge zu tragen. Das Gericht kann sogar anordnen, daß die Bekanntmachungen in den Gemeinden noch in anderer dort üblicher Weise erfolgen, wie durch die Schelle, Verkündigung nach dem Sonntagsgottesdienste u. dgl.

Die Anordnung der Anheftung an die Gemeindetafel erfolgt hauptsächlich in Strafsachen in den Fällen der §§ 165, 200 StGB. und 16 des NMG. Im letzteren Falle hat die Staatsanwaltschaft die Anordnung zu vollziehen, in den anderen beiden Fällen wird dem Verletzten nur die Befugnis zugesprochen, die Verurteilung des Angeklagten durch Anheftung an die Gemeindetafel bekannt zu machen, damit das gerichtliche Urteil vollzogen werden kann, ist daher die Mitwirkung der Gemeindebehörde, der als Eigentümerin das ausschließliche Verfügungsrecht über die Gemeindetafel zusteht, erforderlich. Zu einer solchen Mitwirkung kann die Gemeinde nicht durch den Ausspruch eines Gerichts verpflichtet werden, nur durch Gesetz oder Verordnung können in Gegenständen der Rechtspflege der Gemeindebehörde Verrichtungen übertragen werden (Art. 156 Abs. V GemO.). Solche Vorschriften fehlen. Dies ist das Ergebnis eines praktischen Falles:

In einer Privatklagesache wegen Beleidigung wurde dem Kläger vom Schöffengerichte die Befugnis zugesprochen, die Verurteilung des Angeklagten durch Anheftung an die Amtstafel des Stadtmagistrats S. öffentlich bekannt zu machen. Das Ersuchen des Klägers um Anheftung lehnte der Magistrat ab, da das Amtsgericht eine Berechtigung, über die Amtstafel des Stadtmagistrats zu verfügen, nicht nachgewiesen habe. Auf Beschwerde des Klägers sprach sich die Kreisregierung dahin aus, die vom Gerichte verfügte Publikation durch Anschlag an der Gemeindetafel stelle sich als kompetenzmäßige Anordnung im Sinne von Art. 92 Abs. 2 GemO. dar, zu deren Vollzug die Ortspolizeibehörde gemäß Art. 95 Abs. 1 GemO. rechtlich verpflichtet sei, und beauftragte den Stadtmagistrat, seinen ablehnenden Beschluß zurückzunehmen und den beantragten Anschlag zu betätigen. Gegen diese Entschließung legte der Stadtmagistrat sowohl Beschwerde zum Staatsministerium des Innern als auch zum Verwaltungsgerichtshof ein. Letzterer erklärte sich für unzuständig, da keine Gemeinde-Angelegenheit im Sinne des Art. 10 Abs. II des Gesetzes vom 8. August 1878 in Frage stehe (Bayer. VGE. 24 S. 370). Das Staatsministerium des Innern erachtete es im öffentlichen Interesse gelegen, daß der Vollstreckung des längst rechtskräftigen Urteiles kein weiteres Hindernis entgegengesetzt werde, ließ die Frage, ob eine gesetzliche Verpflichtung für den Stadtmagistrat besteht, dahingestellt und meinte, dieser könne den Anschlag des Urteils unter Vorbehalt der Rechtsfrage für künftige Fälle betätigen.

Aus dem vorstehend geschilderten Falle erwuchs die autographierte Justizministerialentschließung vom 30. Juni 1903, welche anerkannte, daß eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung dafür fehle, daß die Verwaltung einer Gemeinde zur Anschlagung eines Strafurteils an der Gemeindetafel verpflichtet sei, und deshalb empfahl, zu erwägen, ob nicht künftig der Entscheidung, es sei ein Strafurteil an der Amtstafel des Magistrats anzuschlagen, die Anordnung der Anheftung an die Gerichtstafel vorzuziehen sei.

Kann die Anheftung an die Gemeindetafel nicht erzwungen werden, so folgt hieraus für die Gerichte die Verpflichtung, solche Anordnungen zu unterlassen; denn es geht nicht an, dem Verletzten oder der Staatsanwaltschaft eine Befugnis zuzusprechen, deren Vollzug von dem freien Belieben einer Gemeindebehörde abhängig ist. Der Verletzte hat ein Recht auf Bekanntmachung, daß der Angeklagte verurteilt wurde; die Staatsanwaltschaft hat die Pflicht, die Verurteilung bekannt zu machen. Wählt das Gericht eine Art der Bekanntmachung, die unzweckmäßig und unvollziehbar ist, so besteht Veranlassung, gegen eine solche Anordnung das zulässige Rechtsmittel einzulegen.

II. Besondere Bestimmungen gelten für die Registergerichte.

1. Handelsregister.

Nach § 10 HGB. in Verbindung mit §§ 167—169 der Bekanntmachung des Kgl. bayer. Staatsministeriums der Justiz vom 24. Dezember 1899, die Führung des Handelsregisters betreffend (JMBl. 1899 S. 814), hat das Gericht die Eintragungen in das Handelsregister durch den Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt öffentlich bekannt zu machen. Das Registergericht bezeichnet jährlich in der ersten Woche des Dezember das weitere Blatt, in dem während des nächsten Kalenderjahres die Veröffentlichung erfolgen soll. Bestimmt das Gericht mehrere Blätter, so sind sie sämtlich in der ersten Woche des Dezember zu bezeichnen. Wird nur ein Blatt bezeichnet und hört dieses im Laufe des Jahres auf zu erscheinen, so hat das Gericht sofort ein anderes Blatt für den Rest des Jahres zu bezeichnen. Ohne Einfluß ist, wenn das bezeichnete Blatt während des Jahres seinen Leserkreis größtenteils verliert.

Bevor das Gericht jedoch die Verfügung über die Bezeichnung des Blattes erläßt, hat es die Handels- und Gewerbekammer, in deren Bezirk das Gericht seinen Sitz hat, zu hören. Für Parteianträge ist kein Raum. Bei der Auswahl der Blätter soll darauf gesehen werden, daß das Blatt

im Registerbezirke stark verbreitet ist; es besteht aber keine Verpflichtung, gerade das im Registerbezirke am meisten verbreitete Blatt zu wählen; es genügt, daß das bezeichnete Blatt zu den im Bezirke am meisten verbreiteten Blättern gehört. Gleichgültig ist, ob der Verlag des bezeichneten Blattes innerhalb oder außerhalb des Registerbezirkes seinen Sitz hat. Für einzelne Teile des Registerbezirkes, nämlich die verschiedenen Amtsgerichtsbezirke, kann ein besonderes Blatt bezeichnet werden.

Bei der Auswahl der Blätter kommen nur öffentliche, sogenannte Tageszeitungen in Betracht, nicht aber Fach-, Sports- oder Vereinszeitungen.

Das Registergericht hat Ermittelungen darüber zu veranstalten, welche Zeitungen im Bezirke stark verbreitet sind. Zu diesem Zwecke können die Zeitungsverleger um Aufschluß ersucht werden und geben die Oberpostämter Auskunft darüber, in welcher Auflage die einzelnen Blätter im Registerbezirke verbreitet sind.

Auf Grund der Ermittelungen bezeichnet das Registergericht nach seinem Ermessen, also nicht willkürlich, das Blatt. Dienstanweisungen für die Auswahl des Blattes sind ausgeschlossen.[1])

Das Registergericht hat öffentlich bekannt zu machen, welches Blatt bezeichnet wurde. Diese Bekanntmachung muß in einem oder mehreren öffentlichen Blättern durch einmaliges Einrücken erfolgen; Anheftung an die Gerichtstafel genügt nicht. Das bezeichnete Blatt muß auch im Laufe des Monats Dezember im Kreisamtsblatte bekannt gemacht werden. Die Bekanntmachung kann ferner für jeden Amtsgerichtsbezirk in einem besonderen Blatte geschehen. Außerdem ist am Schlusse des Jahres der zuständigen Handels- und Gewerbekammer mitzuteilen, welches Blatt für das folgende Jahr zur Veröffentlichung bezeichnet wurde.[2])

2. Genossenschaftsregister.

Nach § 156 GenG. und § 5 der Bek. vom 1. August 1899, die Führung des Genossenschaftsregisters betr.[3]), gelten die vorgenannten Bestimmungen auch für die Bekanntmachungen aus dem Genossenschaftsregister. Es ist jedoch gestattet, daß für diese Bekanntmachungen neben dem Reichsanzeiger andere als die für die Bekanntmachungen aus dem Handelsregister dienenden Blätter bestimmt werden.

Bei kleineren Genossenschaften darf neben dem Reichsanzeiger nur ein anderes Blatt verzeichnet werden. Bei der Entscheidung, ob eine Genossenschaft zu den kleineren zu rechnen ist, hat das Registergericht sowohl die Zahl der vorhandenen Mitglieder und die Größe des Genossenschaftsvermögens als die Art und den Umfang des Geschäftsbetriebes zu berücksichtigen. Bei der Auswahl des Blattes ist hauptsächlich darauf zu sehen, daß es im Registerbezirke bzw. im Amtsgerichtsbezirke stark verbreitet ist.

3. Beschwerde.

Die Bezeichnung des zur Veröffentlichung bestimmten Blattes ist eine sachliche Verfügung des Registergerichts im Sinne des § 19 FGG., also nicht eine Verfügung der Justizverwaltung. Eine Beschwerde gegen die Verfügung an die Aufsichtsbehörde ist demnach ausgeschlossen. Die Entscheidung in Rechtspr. d. OLG. 8 S. 251 und RGZ. 58 S. 430 betrifft nicht die Auswahl des Blattes, sondern nur die Veröffentlichung des ausgewählten Blattes, welche in Preußen nicht vom Registergerichte selbst zu betätigen ist.

Gegen eine Verfügung der vorgedachten Art ist an sich Beschwerde statthaft. Die Beschwerde steht aber nach § 20 FGG. nicht jedem zu, der ein Interesse daran hat, daß die Entscheidung des Registergerichts geändert und ein anderes Blatt als das bezeichnete zur Veröffentlichung bestimmt wird. Das Rechtsmittel der Beschwerde hat nur jener, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird[1]). Es besitzt aber niemand einen Rechtsanspruch darauf, daß die Veröffentlichungen des Registergerichts in dem ihm gefälligen Blatte erfolgen. Der Verleger eines Konkurrenzblattes hat wohl ein finanzielles Interesse daran, daß sein Blatt gewählt wird. Der im Handelsregister eingetragene Kaufmann und die eingetragene Genossenschaft wünschen, daß ein an ihrem Wohnsitz stark verbreitetes Blatt gewählt wird. Bei der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Interessen ist es unmöglich, das einem jeden passende Blatt auszuwählen und ergibt sich schon hieraus, daß keinem der Beteiligten eine Rechtsbeeinträchtigung daraus erwächst, wenn das Registergericht nach seinem Ermessen das Blatt bezeichnet, das allen Beteiligten und sämtlichen Gerichtsinsassen Gelegenheit geben soll, von den Registereintragungen Kenntnis zu nehmen.

[1]) § 128 des Entwurfes des FGG., der den Landesjustizverwaltungen das Recht einräumte, Anweisungen über die Wahl der Blätter zu erteilen, wurde gestrichen, weil man es für notwendig hält, die Unabhängigkeit und ausschließliche Kompetenz der Registergerichte aufrecht zu erhalten, damit nicht bei der Auswahl der Blätter politische Gesichtspunkte maßgebend seien. (Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 7 S. 11, 67, 152).

[2]) §§ 170 und 173 der Vorschriften über die Führung des Handelsregisters (s. JMBl. 1899 S. 894). Wegen Mitteilung an das Oberlandesgericht und Reichsjustizamt §§ 171 und 172 der Vorschriften.

[3]) RGBl. 1899 S. 347, abgedruckt im JMBl. 1899 S. 934.

[1]) Vgl. die Entscheidung des Obersten Landesgerichts v. 29. Dezember 1905 in Nr. 4 dieser Zeitschrift 1906 S. 82.



Stehen dem Arbeitgeber wegen plötzlicher Arbeitseinstellung Ansprüche auf Schadensersatz zu und wie sind sie zu verfolgen?

Von **Joseph Jörg**, Ratsassessor, Vorsitzender des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts Würzburg.

Die Beantwortung dieser Frage ist nicht so einfach, als es nach der Abhandlung des Herrn Rechtsanwalts Godron in der Nummer 14 dieser Zeitschrift S. 287 den Anschein hat.

I. Einzelne dort aufgestellte Leitsätze fordern zum Widerspruch heraus.

1. „Wenn vertragsgemäß, sei es durch mündliche Abrede oder durch Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung in die Arbeitsordnung gemäß § 134 b Abs. I Ziff. 3 zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenseitige Kündigung ausdrücklich ausgeschlossen ist, dann darf seitens der im Akkord beschäftigten Arbeiter das Arbeitsverhältnis nicht vor Vollendung der ihnen übertragenen Arbeiten gelöst werden."

Dieser Anschauung kann nicht beigepflichtet werden. Denn der § 122 GewO. stellt allgemein den Grundsatz auf, daß die Kündigung der freien Vereinbarung unterliegt und zwar für alle Arten von Arbeitern, mögen diese im Taglohn oder im Akkordlohn beschäftigt sein. Eine Vereinbarung des Inhalts wie oben läßt überhaupt keinen Zweifel über deren Tragweite zu. Sie sagt klipp und klar, daß der Arbeitgeber jeden Arbeitnehmer ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassen kann, wie auch umgekehrt jeder Arbeitnehmer ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist die Arbeit niederlegen kann. Eben deshalb bedarf es auch zur Auslegung einer solchen Vereinbarung der Auslegungsregeln des BGB. (§§ 133 und 157) nicht.

Weshalb soll denn gerade bei der Kündigungsfrage ein Unterschied gemacht werden zwischen Zeitlohnarbeit und Akkordarbeit, den der 7. Titel der GewO. nun einmal nicht kennt, wie ihn ebensowenig die allgemeine Verkehrsanschauung noch die Rechtsprechung kennt. Es ist doch bekannt, daß der Akkordvertrag längst nicht mehr als „Werkvertrag", sondern ebenso wie der Zeitlohnarbeitsvertrag als Dienstvertrag im Sinne des BGB. angesehen wird. Und mit Recht! Denn der „Werkvertrag" des BGB. setzt stets einen selbständigen Unternehmer voraus, d. h. einen solchen, der zwar die Herstellung eines bestimmten Werkes, einer Arbeit verspricht, aber hinsichtlich der Mittel und Wege zur Herstellung der Arbeit, des Werkes, freie Hand hat. Ein solcher selbständiger Unternehmer ist aber der Fabrikarbeiter, der die Vollendung einer ihm übertragenen Arbeit verspricht, ganz gewiß nicht, er bleibt vielmehr in seiner Arbeit stets der Aufsicht und den Anordnungen seines Arbeitgebers und dessen Organen unterworfen. Er ist unselbständig und abhängig von diesem und darum gilt er als Dienstverpflichteter im Sinne des BGB. und nicht als „Werkverpflichteter".

Ein Unterschied zwischen dem Zeitlohnarbeiter und dem Akkordarbeiter besteht nur hinsichtlich der Lohnberechnung. Akkordlohn ist begrifflich die Vergütung nach dem Maße und dem Erfolg der geleisteten Arbeit im Gegensatz zu dem lediglich nach der Arbeitszeit berechneten Stundenlohn. Wenn also ein Arbeitgeber (Dienstberechtigter) mit seinen Arbeitnehmern (Dienstverpflichteten) in der Arbeitsordnung des § 134 b Abs. I Ziff. 3 der GewO. allgemein einen Vertrag abschließt, nach welchem gegenseitige Kündigung ausgeschlossen ist, so gilt dieser Kündigungsausschluß ebenso für die Zeitlohn- wie für die Stücklohnarbeiter. Auch die letzteren können daher vor Vollendung der ihnen übertragenen Arbeiten das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist lösen, wie sie umgekehrt auch vom Arbeitgeber vor Vollendung der Akkordarbeit entlassen werden können.

Die Arbeitgeber haben es den Akkordarbeitern gegenüber tatsächlich auch nie anders gehandhabt.

Als im Jahre 1898 von der Kammer III des Gewerbegerichts Berlin ein Urteil erging, das — zum erstenmal seit Bestehen des Berliner Gewerbegerichts und in Widerspruch mit den übrigen Kammern und der gesamten seitherigen Rechtsprechung — einem Arbeitgeber das Recht absprach, mit seinen Arbeitern einen Arbeitsvertrag abzuschließen, wonach die Entlassung jederzeit auch vor Vollendung der übertragenen Akkordarbeit stattfinden kann, da protestierten die Berliner Arbeitgeber gegen diesen Eingriff in ihr unzweifelhaftes Recht, den Arbeitsvertrag nach eigenem freien Ermessen mit den Arbeitern abschließen zu dürfen.

Das erwähnte Urteil der Kammer III des Berliner Gewerbegerichts ist vereinzelt geblieben und die gesamte Rechtsprechung der Gewerbegerichte erblickt in der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Vollendung der übernommenen Akkordarbeit — selbstverständlich immer nur unter der Voraussetzung, daß im Arbeitsvertrag gegenseitige Kündigung ausdrücklich ausgeschlossen ist — keinen Vertragsbruch. Daß in diesem Falle nur von einem Tag zum anderen, nicht aber mitten im Tage mit sofortiger Wirkung gekündigt werden kann, gilt für den Arbeitgeber ebenso wie für den Zeitlohnarbeiter und den Akkordarbeiter.

Dagegen steht durchaus nichts im Wege, daß der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag eingeht, wonach — auch bei vorhandenem Kündigungsausschluß — die Auflösung

des Dienstverhältnisses vor Vollendung der angefangenen Arbeit untersagt wird. Nur muß eine solche Beschränkung für beide Vertragsteile gleichmäßig gelten, da eine einseitige Bindung des Arbeitnehmers im Hinblick auf § 122 letzter Satz der GewO. unzulässig und nichtig wäre. Erst beim Vorhandensein einer solchen Kündigungsabrede in der Arbeitsordnung macht sich der Akkordarbeiter schadensersatzpflichtig, wenn er die angefangene Akkordarbeit vor deren Vollendung plötzlich niederlegt.

2. Und nun zur Frage der Verwirklichung des Schadensersatzanspruches des Arbeitgebers.

„Soweit die Löhne etwa noch nicht ausbezahlt sind, ist die Rechtslage durch § 273 BGB. geregelt, wonach der Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigern kann."

Der Herr Verfasser gelangt hier zu einem Ergebnis, das in der Rechtsprechung sehr bestritten ist, sodaß es zum mindesten fraglich sein wird, ob sich die Schadensersatzansprüche der Arbeitgeber bei Kontraktbruch auf dem Wege des § 273 BGB. verwirklichen lassen. Die heiß umstrittene Frage ist die: hat der Arbeitgeber für eine Schadensersatzforderung gegenüber dem Arbeitnehmer ein Recht auf Zurückbehaltung des Arbeitslohnes oder allgemeiner: Gibt es überhaupt im gewerblichen Arbeitsvertrag ein Zurückbehaltungsrecht am Lohn?

Diese Frage hier eingehend zu erörtern, würde natürlich zu weit führen: ich beschränke mich daher auf die Konstatierung, daß das Für und Wider zu dieser Streitfrage auf dem Verbandstag der deutschen Gewerbegerichte zu Mainz am 19. September 1900 (außerordentliche Beilage zu Nr. 2 des „Gewerbegerichts" in Bd. VI) von den Gerichtsvorsitzenden und Beisitzern reiflich erwogen wurde, wobei man im großen und ganzen der Annahme zuneigte, daß das Zurückbehaltungsrecht im gewerblichen Arbeitsvertrag keine Stätte hat. (Vgl. auch Dr. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, Berlin 1902 S. 77 ff.) Auch heutzutage nimmt die Rechtsprechung der deutschen Gewerbegerichte größtenteils den nämlichen Standpunkt ein, so daß derartige Schadensersatzansprüche der Arbeitgeber wegen plötzlicher Arbeitseinstellung im Wege der Zurückbehaltung sich nur vereinzelt verwirklichen lassen werden.

II. Es gibt im übrigen andere Wege zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruches bei Kontraktbruch.

1. So kann der Arbeitgeber mit seiner Schadensersatzforderung gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers dann aufrechnen, wenn die bewirkte Teilleistung kein Interesse für den Arbeitsherrn hat. Letzterer kann hier gemäß § 280 Abs. II, § 286 Abs. II BGB. im Zusammenhalt mit § 325 Abs. I Satz 2 und § 326 Abs. II BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, dann verwandelt sich gleichzeitig die Lohnforderung in einen gewöhnlichen Anspruch, gegen den Aufrechnung zulässig ist (vgl. Sinzheimer a. a. O. S. 60) und zwar um deswillen, weil nach § 346 Satz I BGB., welche Bestimmung zufolge §§ 280, 286 II hier einschlägt, an die Stelle des alten Schuldverhältnisses ein völlig neues tritt, kraft dessen die Parteien verpflichtet sind, die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren. Der Anspruch aus diesem neuen Schuldverhältnis ist begrifflich verschieden von dem Anspruch aus dem aufgelösten Arbeitsverhältnis, insbesondere ist der Anspruch des Arbeitnehmers kein Lohnanspruch, sondern ein Anspruch auf Rückgewähr, der pfändbar und aufrechenbar ist.

Selbstverständlich bedarf es dann im einzelnen Fall immer einer genauen richterlichen Prüfung, ob die teilweise Erfüllung der schuldigen Verbindlichkeit — also der angefangene aber unvollendete Teil der übertragenen Akkordarbeit — für den Arbeitgeber ein Interesse hat oder nicht, und es wäre letzteres von dem Arbeitgeber ausdrücklich nachzuweisen (Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Jena 1900 I S. 344 2b und genauer noch Staudinger, BGB. § 280 Note 2b). Bei Zeitlohngeschäften wird das allerdings nicht allzu häufig vorkommen, weil hier die geleistete Tagesarbeit für den Arbeitgeber immer ein Interesse haben wird. Häufiger wird es aber bei den Stücklohngeschäften der Fall sein. So wird die unvollendete Stücklohnarbeit z. B. dann für den Arbeitgeber völlig wertlos sein, wenn sich letzterer für rechtzeitige Vollendung eines Auftrages mit Vertragsstrafen verpflichtet hat und nun infolge des Streikes die Vollendung der angefangenen Akkordarbeit allein so hoch oder noch höher bezahlen muß, als er für die ganze Akkordarbeit hätte aufwenden müssen, wenn der Streik nicht ausgebrochen wäre.

2. Eine weitere Möglichkeit zur Verfolgung seiner Schadensersatzansprüche bietet sich für den Arbeitgeber durch die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB.). Der Dienstvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag und wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist (§ 330 BGB.). Da nach § 614 BGB. regelmäßig der Arbeiter vorzuleisten hat, so wird der Arbeitgeber den Lohn erst dann zu zahlen haben, wenn der Arbeiter vollständig erfüllt hat. Hat der Arbeiter teilweise geleistet, so kann die Gegenleistung inso-

weit verweigert werden, als die Verweigerung nicht nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 320 II BGB.).

Macht also der streikende Akkordarbeiter gegen den Arbeitgeber seine Forderung wegen der teilweisen Leistung klagbar geltend, so wird der letztere oftmals in der Lage sein, dem vertragsbrüchigen Arbeiter — wohlgemerkt aber nur diesem — den Lohn zu verweigern.

Nach dem Vorgeführten ist man allerdings berechtigt, zu sagen, daß dem Arbeitgeber die Geltendmachung seiner Forderungen gegenüber dem Arbeitnehmer erheblich erschwert wird. Aber die Gründe hierfür liegen sicherlich nicht in der Institution der Gewerbegerichte, wie man aus den Reihen der Arbeitgeber so häufig hören kann, sondern sie wurzeln in dem gesetzgeberischen Willen. Der Lohnanspruch ist die Grundlage der Existenz des Arbeiters und bedarf darum dringender der Befriedigung wie der Gegenanspruch des Arbeitsherrn.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zum Begriffe des Zubehörs. In Seufferts Archiv 1906, S. 221 findet sich folgende Entscheidung des OLG. Dresden vom 15. Novbr. 05 abgedruckt:

Dem Schuldner waren von seinen Gläubigern 11 Pferde und 29 Wagen, mit denen er ein Fuhrgeschäft betrieben hatte, gepfändet worden. Er erhob hiergegen Widerspruch gemäß § 865 Abs. 2 ZPO., da die gepfändeten Sachen Zubehör seines u. a. mit Stallungen und Wagenschuppen bebauten Grundstückes seien und deshalb nicht gepfändet werden dürften. Das Landgericht erklärte den Widerspruch für unbeachtlich, da das Grundstück nicht als Hauptsache (§ 97 BGB.) gegenüber den Fuhrgeschäftsutensilien, Grundstück und Fuhrgeschäftsutensilien vielmehr beide nur als Nebensachen des Fuhrgeschäftes anzusehen seien, die zueinander in einem direkten Ueber- und Unterordnungsverhältnisse überhaupt nicht stünden. Das Oberlandesgericht wies die weitere Beschwerde zurück, indem es ausführte, Zubehör der Gebäude nach § 98 Ziff. 1 BGB., also auch des Fuhrgeschäftsgebäudes könnten nur solche bewegliche Sachen sein, die einem gewerblichen Betriebe dienten, der in einem Gebäude stattfinde; denn nur dann könne davon gesprochen werden, daß die Sachen dem wirtschaftlichen Zwecke des Gebäudes zu dienen bestimmt seien. Die Betriebsstätte eines Fuhrgeschäfts aber sei die Straße; in die Stallungen und Schuppen würden die gepfändeten Pferde und Wagen nur eingestellt, wenn sie zum Betriebe des Fuhrgeschäftes nicht gebraucht würden.

Nun läßt sich nicht leugnen, daß das vom Oberlandesgericht aufgestellte Begriffsmerkmal, Betrieb im Gebäude, bei den im § 98 Nr. 1 aufgeführten Beispielsfällen zutrifft. Es kann sich nur fragen, ob dies Erfordernis im vorliegenden Falle das entscheidende ist, ob also unter sonst gleichen Verhältnissen die Entscheidung von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieses Umstandes abhängt. Angenommen, es handelte sich um eine Reitbahn, die vom Schuldner innerhalb eines dazu eingerichteten Gebäudes mit 10—15 Pferden betrieben würde. Angenommen anderseits, der Schuldner hielte auf seinem Grundstücke nur Stallungen und verliehe die Pferde zum Ausreiten, wobei die Mietverträge über die Pferde in seinem auf einem andern Grundstücke befindlichen Bureau geschlossen würden. Im letzteren Falle findet der gewerbliche Betrieb, der in dem Ueberlassen der Pferde gegen Entgelt zum Ausreiten, also in der Gewährung des Gebrauchs der Pferde besteht, ebenfalls außerhalb des Stallgebäudes statt und auch hier werden die Pferde in dieses nur eingestellt, wenn sie zum Betriebe des Pferdeverleihgeschäftes nicht gebraucht werden. Und doch dürfte kein triftiger Grund vorliegen, den ersteren Fall, den des Betriebs einer Reitbahn, anders zu behandeln, als den letzteren, obwohl im ersteren der Betrieb, die Ueberlassung der Pferde zum Reiten, ebenso unzweifelhaft innerhalb des Reitbahngebäudes stattfindet. Wie endlich, wenn der Schuldner zunächst das Geschäft in beiden Arten betrieben hätte und alsdann den Betrieb der Reitbahn aufgäbe; würden alsdann die Pferde ihre bisherige Zubehöreigenschaft verlieren? M. E. dürfte sich in allen diesen Fällen die Verkehrsanschauung gleichmäßig auf den Standpunkt stellen, daß die Pferde nicht als Zubehör des Gebäudes (Reitbahn, Stallungen) anzusehen seien; sie dürfte also z. B., wenn der Schuldner außerdem noch in Konkurs verfiele, die zum etwaigen Fortbetriebe des Geschäfts durch den Konkursverwalter erforderlichen Pferde diesem, nicht dem Zwangsverwalter des Grundstückes zusprechen. Und mit gutem Grunde, denn die Beispielsfälle des § 98 Nr. 1 BGB. setzen sämtlich voraus, daß das Gebäude auch wirklich gegenüber den Maschinen und Gerätschaften die Hauptsache ist (verba: „dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache sind zu dienen bestimmt: 1. bei einem Gebäude ꝛc.") Dies trifft nun bei einer Mühle, einer Schmiede, einem Brauhause im Verhältnisse zu den Betriebsmaschinen und -Gerätschaften wohl ausnahmslos zu. Zweifelhafter könnte es schon sein bei einer Fabrik (Kontorutensilien, Pferde und Wagen; (s. OLG. Jena, Thür. Bl. 50, 101). Das Verhältnis zwischen Hauptsache und Nebensache muß ein solches sein, daß die Nebensache der Hauptsache bestimmungsgemäß dient (§§ 97 98). Das tut sie aber nur, wenn sie der Hauptsache nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung direkt untergeordnet ist. Nur wo nach der Verkehrsanschauung die Bestimmung einer Sache darin aufgeht, den Gebrauch der Hauptsache zu vermitteln oder vermitteln zu helfen, liegt ein Verhältnis von Hauptsache zu Nebensache und — beim Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse — ein Zubehörverhältnis vor. Solcher Art ist nun das Verhältnis zwischen Pferden und Wagen oder Kontorutensilien einerseits und Reitbahn, Stallungen oder Fabrikgebäude anderseits nicht. Diese Dinge sind nur dadurch wirtschaftlich miteinander verbunden, daß sie beiderseits im Dienste einer höheren wirtschaftlichen Einheit, nämlich des Fuhr- und Pferdeverleih- bezw. Fabrikationsgeschäftes stehen, aber nicht dergestalt, daß eines von ihnen im Dienste des andern steht. Das ist es, was in dem an die Spitze dieser Untersuchung gestellten Falle das Landgericht sagen will. Noch besser läßt sich dies Verhältnis erkennen an beweglichen Sachen, bei denen nicht die wirtschaftlich überwiegende Bedeutung des Grundstückes gegen-

über der beweglichen Sache den Blick trüben kann. So dient nicht die Weste der Taschenuhr, obwohl in ihr eine Uhrtasche angebracht ist, noch auch die Taschenuhr der Weste, obwohl sie an ihr befestigt wird; vielmehr dienen beide in ihrer räumlichen Verbindung dem Menschen, der sie trägt, und keine von beiden ist Haupt- oder Nebensache im Verhältnisse zur anderen. In diesem Sinne dienen auch der Vermittlung des bestimmungsgemäßen Gebrauches des Fabrikgebäudes nicht die Kontorutensilien, sondern sie dienen gemeinschaftlich mit dem Fabrikgebäude dem Zwecke des Fabrikationsgeschäftes, ohne daß sie unter sich im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache stünden. Auch das Verhältnis des Fabrikgebäudes, der Reitbahn und der Stallungen zu dem Fabrikations-, Pferdeverleih- und Fuhrgeschäfte ist nicht ein Zubehörverhältnis, weil ein Grundstück nicht Zubehör sein kann und weil ein solches Geschäft keine Sache, auch kein Sachinbegriff, sondern nur eine wirtschaftliche, dem Begriffe des Vermögens sich nähernde Einheit ist. Hier würde vielmehr nur der Bestandteilsbegriff in übertragenem Sinne angewendet werden können. Aber die Eigenart des Betriebes prägt sich in diesen Gebäuden aus, wie — bildlich gesprochen — die Form der Schnecke im Schneckenhause und nur die Sache, die dem Schneckenhause, dem Betriebsgebäude, dient, ist Nebensache bezw. Zubehör des Gebäudes, nicht die, die selbständig dem Betriebe dient. Zusammen fallen Zubehörsachen zum Betriebsgebäude und Betriebsutensilien nur da, wo der Betrieb gar nicht neben dem Betriebsgrundstück und -Gebäude besteht, sondern sich in dem Gebrauche des Grundstückes erschöpft (§ 98 Ziff. 2 BGB. Landgut).

Landrichter du Chesne in Leipzig.

Nochmals „Kauf bricht Jagdpacht". Die auf Seite 160 und 243 des heurigen Jahrgangs behandelte Frage über den Einfluß der Veräußerung eines Eigenjagdbezirkes auf den Jagdpachtvertrag wurde nunmehr auch Gegenstand einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 7. Juli 1906 (Ber. Reg. Nr. 273/06 L. III v. H. gegen M.) Eine kurze Erörterung der Entscheidungsgründe, in welchen auch die Pollwein'sche Abhandlung berücksichtigt ist, wird eine weitere Polemik gegen diese überflüssig machen. Das Urteil führt aus:

„Gegenüber der Auffassung Pollweins, daß die Jagdpacht nichts anderes sei als Pachtung von Grundstücken zum Zwecke der Jagdausübung, ist der Ansicht, wonach als Vertragsgegenstand das Jagdrecht des Eigentümers anzusehen ist, der Vorzug zu geben und zwar sowohl nach dem vom BGB. beherrschten Pachtrechte, als nach dem durch die Landesgesetzgebung geregelten Jagdrechte. Das BGB. kennt nur eine Pacht zum vollen Gebrauch nicht aber eine Teilung des Gebrauches eines Pachtgegenstandes zwischen Pächter und Verpächter. Die Jagdausübung kann zwar den Gebrauch eines lediglich als Jagdgrund dienenden Areals z. B. eines Wildparks erschöpfen, nicht aber den eines Landgutes, um welches es sich hier handelt. Bei einem derartigen Grundstück ist die Jagdausübung etwas Nebensächliches und mehr oder minder Zufälliges. Nach dem BGB. hat der Verpächter dem Pächter den Genuß der Früchte des Pachtgegenstandes zu gewähren, das Wild kann jedoch nicht als Frucht des Grundstückes aufgefaßt werden. Dagegen fällt der Jagdpachtvertrag zwanglos unter den Pachtbegriff des bürgerlichen Rechts, wenn man ihn als Pacht des Jagdrechtes des Grundstückeigentümers ansieht. Auch unkörperliche Gegenstände, also Rechte, können verpachtet werden. Der Grundeigentümer ist imstande, dem Pächter den vollen Gebrauch des Jagdrechtes, die Jagdausübung mit allem, was dazu gehört, zu gewähren, wobei das Wild als Ertrag eben dieses Jagdrechtes erscheint.

Nach den bayerischen jagdgesetzlichen Bestimmungen ergibt sich als Gegenstand der Jagdpacht gleichfalls nicht das Grundstück. Die Folgerung erwächst aus der geschichtlichen Entwickelung des bayerischen Jagdrechts, welches seit dem 16. Jahrhundert neben dem Grundeigentum als selbständiges landesherrliches Hoheitsrecht bestand und dann durch die Gesetze vom 4. Juni 1848 und vom 30. März 1850 unter Aufhebung der Jagdbefugnisse auf fremdem Grund und Boden mit dem Grundeigentum verbunden und als dessen Ausfluß anerkannt wurde. Die Jagdberechtigung des Grundeigentümers unterliegt aber ganz besonderen von den für die Eigentumsrechte geltenden Bestimmungen abweichenden Vorschriften. Man könnte das Grundstück, durch welches nur das räumliche Gebiet bezeichnet wird, in dem das verpachtete Jagdrecht ausgeübt werden darf, höchstens als mittelbaren Vertragsgegenstand ansprechen; rechtlich erheblich aber ist nur der unmittelbare Vertragsgegenstand. § 835 BGB., welcher den Ersatz des Wildschadens dem Jagdberechtigten auferlegt und auch die Verpachtung des Jagdrechts erwähnt, und ebenso Art. 3 des Wildschadenges. vom $\frac{\text{15. Juni 1850}}{\text{9. Juni 1899}}$ spricht für die Richtigkeit der vertretenen Auffassung.

Nach der Gewinnung des Ergebnisses, daß Gegenstand der Jagdpacht das Jagdrecht des Grundstückseigentümers ist, bleibt noch die Entscheidung zu treffen, ob auf die Jagdpacht der Satz „Kauf bricht Miete", welcher sich als Ausnahmebestimmung darstellt und zunächst nur für die Grundstücksmiete zu gelten hat, entsprechende Anwendung finden darf. Das Jagdrecht ist nun, wenn auch ein Ausfluß des Grundeigentums nach dem Stande der bayerischen Jagdgesetzgebung begrifflich keineswegs dessen wesentlicher Bestandteil. Eine entsprechende Anwendung von § 571 BGB. ließe sich nur mit der Erwägung rechtfertigen, daß diese Vorschrift um deswillen auf Grundstücksmiete beschränkt ist, weil der im Besitz befindliche Mieter einer beweglichen Sache bereits durch § 986 BGB. hinreichend gesichert erscheint. Daraus wäre dann zu schließen, daß der Mieter und Pächter überhaupt gegenüber dem Sondernachfolger des Vermieters und Verpächters geschützt werden sollte.

Dennoch ist die Anwendung des § 571 BGB. abzulehnen, welcher als eine ursprünglich nicht vorgesehene Ausnahmebestimmung in das Gesetz aufgenommen und mit den großen berechtigten Interessen der Mieter und Pächter unter Berücksichtigung der sozialen Verhältnisse begründet wurde (Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 76). Es kommt also auf das Schutzbedürfnis an; denn für eine entsprechende Anwendung ist der gesetzgeberische Grund einer Vorschrift besonders erheblich.

Die Jagdpacht dient für die Regel nur dem Vergnügen. Das Interesse daran ist weniger schutzbedürftig als das Interesse des gesetzlich jagdberechtigten Grundeigentümers, ausschließlicher Herr auf

seinem Boden zu sein und die Jagd nach den Bedürfnissen des Landwirtschaftsbetriebes einrichten zu können. Die entsprechende Anwendung des § 571 BGB. auf die Jagdpacht ist also nicht geboten; die unmittelbare aber nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht vorgeschrieben."

Rechtsanwalt Dr. Alfred Bloch in München.

Eine Lücke in der StPO. Bei Beratung der §§ 7—21 StPO. ist ein längerer Streit über den Schutz des Angeklagten vor mißbräuchlicher Ausübung des Wahlrechts der Staatsanwaltschaft unter den zuständigen Gerichten geführt worden. Man fürchtete die Ausscheidung aller milde urteilenden Gerichte und es bedurfte des Hinweises auf die guten Erfahrungen mit dem Wahlrecht in Baden sowie der Versicherung des Regierungsvertreters, daß es nur nach praktischen Strafverfolgungsrücksichten ausgeübt werden solle, um den jetzt geltenden Bestimmungen zur Annahme zu verhelfen. Um so leichter einigte man sich über die Art der Zuständigkeitsbegründung ohne besondere Hervorhebung, daß die Klageerhebung usw. die Aburteilung durch ein anderes Gericht als dasjenige, bei dem sie erfolgt, ausschließe. Ausnahmen von diesem Grundsatze enthalten nur § 13 (für zusammenhängende Sachen), § 15 (betr. Gerichtsverhinderung) sowie die hier nicht interessierenden Vorschriften über die Zurückverweisung (§ 394). In der Praxis hat sich nun ein Bedürfnis nach einer Erweiterung dieser Ausnahmen fühlbar gemacht. Es ist eine bekannte Tatsache, daß die geringeren Vergehen und die Uebertretungen gerade bei der nicht seßhaften Bevölkerung überaus zahlreich sind. In großen Städten, ganz besonders aber an Schiffahrtswegen, machen die derzeitigen Zuständigkeitsvorschriften es fast unmöglich, die Täter zur Bestrafung zu bringen, wenn ein Strafbefehl nicht erlassen werden kann. Die geriebeneren Verbrecher lehnen es ab, den Antrag auf Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung zu stellen, wohl wissend, daß die Behörden sich scheuen, wegen geringer Straftaten die hohen Beförderungskosten nach dem Gerichte, bei dem die Hauptverhandlung eröffnet ist, aufzuwenden. Auch kommt es vor, daß der flüchtige Angeklagte in einer entfernt liegenden Strafanstalt gefunden wird, in der er eine Strafe verbüßt. Will man hier die Beförderungskosten vermeiden, so bleibt nichts anderes übrig, als — allenfalls unter Verjährungsunterbrechung — die Verbüßung der Strafzeit und die Rückkehr des Entlassenen nach seinem früheren Wirkungsorte abzuwarten. Diesen Unzuträglichkeiten, deren es in der Praxis mehr gibt, als wohl meist angenommen wird, abzuhelfen, ist jetzt bei der Reform des Strafprozesses der richtige Zeitpunkt. Zur Abhilfe genügt die Einschiebung etwa folgenden Satzes hinter § 12 StPO.:

„Hat der Angeklagte vor dem Verhandlungstermin seinen Aufenthaltsort verändert, so kann das Gericht, welches den Eröffnungsbeschluß erlassen hat, dasjenige des Aufenthaltsorts um die Aburteilung ersuchen."

Diese Vorschrift würde nicht nur empfindliche Reise- oder Transportkosten, die mitunter den Angeklagten schwerer als die Strafe treffen und nicht als Strafmittel dienen sollen, obwohl sie tatsächlich als solche empfunden werden, vermeiden, sondern auch dem Grundsatze der mündlichen Verhandlung mit dem Angeklagten und seiner persönlichen Verteidigung in vielen Fällen zur Durchführung verhelfen, in denen bislang das Gericht auf die protokollarischen Erklärungen des Angeklagten vor einem anderen Gerichte ohne die Möglichkeit der Gewinnung eines persönlichen Eindrucks von ihm angewiesen war. Letzterer sowie die persönliche Verteidigung sind aber weit wichtiger als die Anwesenheit und persönlichen Erklärungen der Zeugen. Leider haben die derzeitigen Bestimmungen das umgekehrte Verfahren zur Regel gemacht. Einen Ueberweisungszwang einzuführen, würde allerdings ebenso sehr über das zu erstrebende Gerechtigkeitsziel hinausschießen, wie die bisherigen Vorschriften hinter ihm zurückbleiben. Die leicht zu ermittelnde Kostenhöhe wird aber in der Praxis leicht den richtigen Weg finden lassen.

Amtsgerichtsrat Coermann in Straßburg i. E.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Auch einer nach § 104 Nr. 2 BGB. geschäftsunfähigen Person kann nach § 1910 Abs. 2 ein Pfleger bestellt werden. Der Einwilligung des Geisteskranken bedarf es in diesem Falle nicht. Das AG. D. bestellte dem nach ärztlichen Gutachten geisteskranken und zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten unfähigen B. einen Pfleger behufs Wahrnehmung seiner vermögensrechtlichen Geschäfte. Die Beschwerde wurde vom LG. verworfen mit der Begründung, daß B. geisteskrank sei, daß es seiner Einwilligung zur Anordnung der Pflegschaft nach § 1910 Abs. 3 BGB. nicht bedürfe, weil er nach § 104 Nr. 2 BGB. außerstande sei, eine wirksame Erklärung abzugeben und daß deshalb auch sein Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft der ihm sonst nach § 1920 BGB. zukommenden Wirkung ermangle. Auf weitere Beschwerde des B. legte das OLG. auf Grund des § 28 FGG. die Akten dem Reichsgerichte vor, indem es ausführte: § 1910 Abs. 3 BGB. werde von ihm dahin ausgelegt, daß eine Verständigung mit einem geistig Gebrechlichen nicht schon dann unmöglich sei, wenn er sich im Zustande des § 104 Nr. 2 BGB. befinde und deshalb geschäftsunfähig sei, sondern nur, wenn es nicht möglich sei, ihm die Bedeutung der Pflegschaft verständlich zu machen, und wenn er seine Einwilligung oder seinen Widerspruch nicht verständlich äußern könne. Deshalb würde es der weiteren Beschwerde stattgeben, wenn nicht das bayer. Oberste Landesgericht in dem Beschlusse vom 6. Mai 1905 (s. diese Zeitschr. I. Jahrg. S. 305) die weitere Beschwerde gegen die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1910 Abs. 2 BGB. mit der Begründung zurückgewiesen hätte, daß eine Verständigung mit dem Gebrechlichen nicht möglich sei, weil er in der Frage, ob er der Anordnung der Pflegschaft zustimmen solle, unter Wahnvorstellungen stehe, die seine freie Willensbestimmung ausschlössen. Das Reichsgericht hob den angefochtenen Beschluß auf.

Aus den Gründen: Sowohl das OLG. als das bayer. Oberste Landesgericht gehen davon aus, daß auch dem nach § 104 Nr. 2 BGB. Geschäftsunfähigen nach § 1910 Abs. 2 ein Pfleger bestellt werden kann. Das ist zutreffend. Weiter steht in Frage, ob auch in einem solchen Falle nach § 1910 Abs. 3 die Zulässigkeit der Pflegschaft davon abhängt, daß der im Sinne des § 104 Nr. 2 Geistesgestörte seine Einwilligung zur Bestellung des Pflegers er-

teilt. Dies muß verneint werden. Ist die geistige Gebrechlichkeit so beschaffen, daß der Gebrechliche im Sinne des § 104 Nr. 2 überhaupt keinen freien Willen hat, so ist davon auszugehen, daß eine Verständigung mit ihm über seine Einwilligung in die Bestellung eines Pflegers gänzlich ausgeschlossen ist. Demnach bedarf es in einem solchen Falle überhaupt nicht seiner Einwilligung. Dennoch war die Entscheidung aufzuheben. (Es wird dann ausgeführt, daß die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB. nicht einwandfrei festgestellt seien.) (Beschl. des IV. ZS. vom 10. Mai 1906.) ———— n.

602

B. Zivilsachen.

I.

§§ 823, 254 BGB. Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn dem Motorfahrer, der einen unvorsichtigen, zur betreffenden Zeit nicht auf die Rennbahn gehörenden Radfahrer (sog. Flieger) überfahren hat, die Hälfte der Schuld deshalb zuerkannt wird, weil er auf Entfernung des Fliegers nach der Rennbahnordnung dringen konnte und mußte.

Gründe: Die Revision gibt auf der einen Seite selbst zu, daß der in seinem Rechte Befindliche, von Notstand abgesehen, dem in Unrecht Befindlichen nicht ohne weiteres Schaden zufügen dürfe, auf der anderen Seite will sie aber doch die Anwendung eines derartigen allgemeinen Rechtssatzes gegen den Beklagten bekämpfen. Damit setzt sie sich mit sich selbst in Widerspruch, es kann aber auch nach allgemeinen Grundsätzen, wie sie z. B. aus §§ 227 ff., 254 BGB. hervorgehen, kein Zweifel darüber bestehen, daß, wenn der Beklagte damals mit Recht, der Verunglückte mit Unrecht auf der Rennbahn fuhr, dennoch der Erstgenannte diesen deswegen nicht beschädigen durfte, sondern Schaden von ihm abwenden mußte, was er durch Verlangen der Entfernung des C. nach der Rennbahnordnung bewirken konnte, aber nicht einmal zu tun versucht hat. Dem unzulässigen, unvorsichtigen Fahren C.s mitten unter Motorfahrern und als zweiter hinter einem solchen hat das Berufungsgericht dadurch genügend nach § 254 BGB. Rechnung getragen, daß es ihm die Mitschuld am Unfall zur Hälfte zuerkannt hat. Vergeblich bekämpft die Revision diese von Rechtsirrtum freie Abwägung des beiderseitigen Verschuldens und wenn sie meint, der Vorderrichter hätte wenigstens noch die angebotenen Beweise über die hervorragenden Eigenschaften des Beklagten als erfolgreichen und vorsichtigen Motorfahrers und über seine auch zur Zeit des Unfalls geübte Vorsicht erheben müssen, so übersieht sie, daß verschiedene derartige Beweise mit sehr zweifelhaftem Ergebnisse für den Beklagten schon erhoben worden sind, daß diesen seine besondre Befähigung auch zu besondrer Sorgfalt verpflichtete und daß sein Verschulden das Oberlandesgericht nicht in der Art seines Fahrens, sondern darin gefunden hat, daß er nicht auf Entfernung des von ihm später Getöteten von der Rennbahn gedrängt, vielmehr unbekümmert um dessen unzulässiges und gefährliches Mitfahren sein eigenes Fahren fortgesetzt hat. (Urt. V 627/05 v. 30. Mai 06.) —— r.

575

II.

Zu §§ 93, 94, 97 BGB. Eine an eine eingemauerte Betonunterlage angeschraubte Sauggasanlage mit Motor und Zubehör kann wesentlicher Bestandteil eines Brauereigrundstücks sein.[1]

Gründe: Der Berufungsrichter gründet seine Annahme der Bestandteilseigenschaft dieser Maschine ausschließlich auf § 93 BGB. und auf den „Gesichtspunkt der durch die Einfügung der bezeichneten Gegenstände in die Brauerei hergestellten wirtschaftlichen Einheit“. Es könnte scheinen, daß er diesem Gesichtspunkt eine zu große Bedeutung beigelegt hätte. Ungeeignet oder wenigstens für sich allein unzureichend erscheint dieser Begriff für die Unterscheidung zwischen (wesentlichen) Bestandteilen und Zubehör. Auch ein Landgut bildet eine wirtschaftliche Einheit mit seinem lebenden und toten Inventar und durch vollständige Trennung des letzteren von dem Gute würde dieses nicht minder, wie im vorliegenden Fall das Brauereigrundstück, in seiner wirtschaftlichen Bedeutung herabgesetzt und dadurch in seinem Wesen verändert werden. Diese Herabsetzung kann also für sich allein kein sicheres Merkmal für die Anwendung des § 93 bieten. Es muß eine Sache zunächst Bestandteil sein, ehe zu entscheiden ist, ob sie wesentlicher Bestandteil sei. Das BGB. gibt keine Definition für Bestandteil und kein Merkmal für seine Unterscheidung von Zubehör (§ 97 BGB.). Es wurde angenommen, daß es sich um allgemein verständliche Begriffe handle (vgl. Küntzel bei Gruchot 41, 135). Darnach aber sind als Bestandteile einer Sache diejenigen körperlichen Gegenstände anzusehen, die entweder von Natur eine Einheit bilden, oder durch Verbindung miteinander ihre Selbständigkeit dergestalt verloren haben, daß sie fortan, solange die Verbindung dauert, als ein Ganzes, als eine einheitliche Sache erscheinen, wogegen Zubehörstücke ihre individuelle Selbständigkeit als bewegliche Sachen bewahrt haben und nur in einem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse zu einer Hauptsache stehen. (§ 97 a. a. O.) Es wird also das unterscheidende Merkmal eines (gleichviel ob wesentlichen oder unwesentlichen) Bestandteils vom bloßen Zubehör im Zweifelsfalle in der Art der Verbindung der betreffenden Sachen gesucht und gefunden werden müssen. Es muß, um einem Gegenstand die Eigenschaft eines Bestandteils eines größeren Ganzen zuzusprechen, ein physischer oder mechanischer Zusammenhang, eine körperliche Verbindung bestehen, die dann aber nicht so beschaffen zu sein braucht, um schon an und für sich im Sinne des § 94 Abs. 1 BGB. die Eigenschaft der Sache als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks zu begründen. Auf die größere oder geringere Festigkeit der Verbindung kommt es im Sinne des § 93 (ebenso wie im Falle des § 94 Abs. 2) nicht an. (Vgl. RGZ. 58, 341, JW. 1904, 110[4], 548[2].) Wenn daher der Berufungsrichter das Vorhandensein einer festen Verbindung der Maschinen im Sinne des § 94 Abs. 1 verneint, so steht das der Anwendung des § 93 nicht entgegen; es genügt vielmehr die vom Berufungsrichter festgestellte, durch Anschrauben an eine eingemauerte Betonunterlage bewirkte Verbindung der Maschinen mit dem Gebäude, um sie als Bestandteile, und bei dem Vorliegen der im übrigen bedenkenfrei festgestellten Voraussetzungen des § 93, als wesentliche Bestandteile des Grundstücks zu kennzeichnen. Dahingestellt kann bleiben, ob die Eigenschaft der fraglichen Maschinen als wesentliche Bestandteile des Gebäudes, dem sie eingefügt sind, sich nicht auch aus § 94 Abs. 2 a. a. O. ergibt.

Es wird dann noch ausgeführt, daß die tatsächliche Feststellung des Berufungsrichters, wonach die Sauggasapparate mit dem Motor eine einheitliche Anlage bilden, einwandfrei sei. (Urt. V 528/05 v. 19. April 06.) ——— r.

514

[1] Vgl. hierzu die Entscheidung des OLG. Nürnberg auf S. 346.



C. Straffachen.

I.

Unter welchen Voraussetzungen fällt ein Hirte unter den Begriff des Gesindes im Sinne des § 247 StGB.? Die Annahme des Erstrichters, daß der Angeklagte zu seinem Dienstherrn K. im Gesindeverhältnisse stand, ist rechtlich nicht zu beanstanden, da feststeht, daß er bei ihm gegen Entgelt wirtschaftliche Dienste leistete, indem er die Stellung eines Hirten bekleidete. Denn mag sich der im StGB. nicht näher erläuterte Begriff des Gesindes nach Reichsrecht oder nach Landesrecht (vgl. Art. 95 EG. z. BGB.) bestimmen, was nicht entschieden zu werden braucht, in jedem Falle ist die Tätigkeit eines Hirten auf einem Landgute derartig, daß dadurch ein Gesindedienstverhältnis hergestellt werden kann. Die Bezugnahme der Revision auf Entscheidungen des RG. in Straff. Bd. 13 S. 14 geht fehl, da die dortigen Ausführungen von den Verhältnissen des Oekonomiedienstboten auf dem Lande ausdrücklich absehen. Allerdings genießt nur diejenige zum Gesinde zu rechnende Person das Privilegium des § 247 StGB., welche sich in der häuslichen Gemeinschaft ihres Dienstherrn befindet. Ob die Voraussetzungen dieses Tatbestands gegeben sind, ist aber in der Hauptsache Tatfrage. Bei ihrer Entscheidung ist im vorliegenden Falle ein Rechtsirrtum nicht ersichtlich. Als erwiesen ist angesehen, daß der Angeklagte im Speicher oder im Stalle seines Dienstherrn schlief und an dessen Tische aß. Allerdings ist der Begriff der häuslichen Gemeinschaft dann nicht gegeben, wenn der Täter in einem von der Wohnung des Dienstherrn völlig getrennten Raume wohnt. Im vorliegenden Falle ist aber nicht nur das Gegenteil, sondern außerdem festgestellt, daß der Angeklagte am Tische seines Dienstherrn aß. Damit sind Umstände dargetan, welche geeignet sein konnten, die Annahme des Bestehens so naher persönlicher Beziehungen zwischen dem Angeklagten und seinem Dienstherrn zu begründen, wie sie der § 247 StGB. voraussetzt. (Urt. des V. StS. vom 15. Mai 1906, 5 D. 95/06.) — — f — —

554

II.

Ausschluß der Oeffentlichkeit. Einschaltungen des Vorsitzenden in das Protokoll. Ausweislich des Sitzungsprotokolls ist durch Gerichtsbeschluß für die Dauer der Vernehmung der Zeugin P. die Oeffentlichkeit der Verhandlung wegen Gefährdung der Sittlichkeit ausgeschlossen worden. Die Worte: „Wegen Gefährdung der Sittlichkeit" sind von anderer Hand als der des Gerichtsschreibers in den Text des Protokolls durch Ueberschreiben eingefügt worden; der Vorsitzende hat sie beigefügt. Daß dies jedoch ohne Einverständnis des Gerichtsschreibers, von dem das Protokoll mitunterzeichnet ist, geschehen sei, wird von der Beschwerdeführerin selbst nicht behauptet und ist auch in keiner Weise dargetan. Nachdem die Zeugin P. ihre Aussage abgegeben hatte, wurde ein vorher vernommener Zeuge nochmals zu dieser Aussage befragt und danach erst die Oeffentlichkeit wiederhergestellt. Dadurch ist aber die Oeffentlichkeit nicht weiter ausgeschlossen worden, als beschlossen war: denn die Befragung des vorher vernommenen Zeugen stellt sich nur als ein Teil der Vernehmung der Zeugin P. dar. (Urt. des V. StS. vom 31. Mai 1906, 5 D. 168/06.)

556 — — f — —

III.

Wie kann bei Bildung der Geschworenenbank das Ablehnungsrecht der Angeklagten geltend gemacht werden, wenn in Aussicht genommen ist, daß die für eine Verhandlung gebildete Geschworenenbank für mehrere folgende Verhandlungen verbleiben soll? § 286 StPO.

Aus den Gründen: Bei der Vorinstanz standen zwei Sachen an: die gegen J. für den Vormittag und die gegenwärtige gegen St. und F. für den Nachmittag. Die für die erste Sache gebildete Geschworenenbank sollte auch für die folgende Verhandlung in dieser Sache verbleiben, weshalb zur Auslosung der Geschworenen neben J. auch die Angeklagten St. und F. zugezogen waren. Nach Bildung der Geschworenenbank, vor Beeidigung der Geschworenen haben der Staatsanwalt und die zuletzt genannten Angeklagten erklärt, damit einverstanden zu sein, daß die nunmehr gebildete Geschworenenbank auch für die Verhandlung gegen diese Angeklagten verbleibe. Hinsichtlich der Ausübung des Ablehnungsrechts ist in dem Protokoll vermerkt, daß sie seitens der Angeklagten J., St. und F. dem Rechtspraktikanten L. als Substitut des Rechtsanwalts Dr. B., des Wahlverteidigers des Angeklagten St., übertragen worden sei. Wie anzunehmen, hat der Genannte dann auch das Ablehnungsrecht ausgeübt und neun Geschworene, die ganze dem Angeklagten J. gebührende Zahl, abgelehnt. Der Revision kann eingeräumt werden, daß das eingeschlagene Verfahren an sich den gesetzlichen Bestimmungen nicht nach allen Seiten hin entspricht. Gemäß § 286 StPO. war so, wie die Umstände lagen, ablehnungsberechtigt nur der Angeklagte J., dessen Strafsache zunächst zu verhandeln war und die Bildung einer Geschworenenbank erheischte, wogegen die erst am Nachmittag in gesonderter Sache gemeinsam abzuurteilenden Angeklagten St. und F. kein Recht auf Beeinflussung der Zusammensetzung der Geschworenenbank hatten, ihnen kam vielmehr ausschließlich die Befugnis zu, nach ihrer Bildung die Geschworenenbank im ganzen entweder anzunehmen oder abzulehnen. Eine gleichzeitige Bildung der Geschworenenbank für mehrere, wenngleich an demselben Tage anstehende Verhandlungen ist im Gesetz nicht vorgesehen. Indessen folgt hieraus nicht, daß für die gegenwärtige Sache (gegen St. und Genossen) die Geschworenenbank „nicht vorschriftsmäßig besetzt" war (§ 377 StPO.). Es fragt sich, ob die Bestimmung des § 286 StPO., wonach die für eine der mehreren an demselben Tage anstehenden Verhandlungen gebildete Geschworenenbank für die folgende unter Zustimmung der Beteiligten verbleiben kann, dahin ausgelegt werden muß, daß die ursprüngliche Bildung der Bank gerade für die zuerst anstehende Sache geschehen muß. Hiergegen spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes, der nicht von der ersten, sondern von einer der Verhandlungen redet. Sodann aber ist ein vernünftiger Grund für jene Auslegung nicht ersichtlich. Liegen aber, wie hier, alle Erfordernisse für die vorschriftsmäßige Besetzung der Bank in der Sache gegen St. und Genossen vor, so ist nicht ersichtlich, warum durch jene Absicht die tatsächlich für die letztere gebildete Bank eine nicht vorschriftsmäßige werden sollte. Es bedarf daher in dieser Sache nicht der Erörterung, ob nicht eine nur hinsichtlich der Ausübung des Ablehnungsrechts des Angeklagten oder des Staatsanwalts unvorschriftsmäßig gebildete Geschworenenbank infolge einer ausdrücklichen Erklärung der Beteiligten, daß sie für die folgende Sache verbleiben solle, in dieser letztern als vorschriftsmäßig besetzt zu gelten habe. (Urt. des I. StS. vom 11. April 1906, 1 D. 1532/05.) B.

580

Oberstes Landesgericht.

I.

Erfordernis der Bestimmtheit der Sacheinlage und der dafür festzusetzenden Vergütung bei Anrechnung des Wertes der Sacheinlage auf die Stammeinlage des Gesellschafters. Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. vom 20. April 1892 / 20. Mai 1898 §§ 5, 7, 8, 19. Am 17. Februar 1906 schlossen der Verleger einer periodisch erscheinenden

Druckschrift und neun weitere Personen zum Zwecke der Uebernahme und des Fortbetriebes dieser Zeitschrift einen Vertrag über die Gründung einer Gesellschaft m. b. H. Nach dem Vertrag sollte die Einlage des seitherigen Verlegers bestehen in dem „Verlag der Zeitschrift, und zwar in dem für diese bestehenden Warenzeichenschutz und in dem für den Verlag benötigten vorhandenen Utensilien, insbesondere den Geschäftsbüchern". Von der für diese Sacheinlage festgesetzten Vergütung sollte der Teilbetrag von 14000 Mk. dem Gesellschafter auf seine gleich hohe Stammeinlage angerechnet werden. Die beantragte Eintragung in das Handelsregister wurde vom Amtsgerichte abgelehnt und die Ablehnung vom Beschwerdegericht gebilligt, weil die Vergütung für die einzelnen Vermögensgegenstände, welche die Einlage bildeten, nicht genügend bestimmt und ausgeschieden seien. Auf die weitere Beschwerde wurden die vorinstanziellen Entscheidungen aufgehoben; das Registergericht wurde angewiesen, anderweit zu verfügen.

Gründe: Das RG. betr. die Gesellsch. m. b. H. i. d. F. vom 20. Mai 1898 hat zu dem Zwecke der Sicherung der außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen, die mit ihr in Geschäfts- und Kreditverkehr treten, eine Reihe von Bestimmungen getroffen, die dahin zielen, daß ein bestimmtes, jedermann kenntliches Gesellschaftsvermögen beschafft wird, das den dauernden Grundstock des Unternehmens und zugleich einen Befriedigungsgegenstand für die Gläubiger bildet. Dieses Gesellschaftskapital kann in bar oder durch Sacheinlagen aufgebracht werden; sollen aber von Gesellschaftern Einlagen, die nicht in Geld zu leisten sind, gemacht oder soll die Vergütung für Vermögensgegenstände, die die Gesellschaft übernimmt, auf Stammeinlagen angerechnet werden, so muß nach § 5 Abs. 4 die Person des Gesellschafters, der Gegenstand der Einlage oder Uebernahme sowie der Geldwert, für den die Einlage angenommen wird, oder die für die übernommenen Gegenstände zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage bei Meidung der Unwirksamkeit der Vereinbarung (§ 19 Abs. 3) festgesetzt werden. Diese Festsetzungen sind gemäß § 10 Abs. 3 durch das Registergericht mit dem übrigen Auszug aus dem Gesellschaftsvertrage zu veröffentlichen. Das Gesetz verfolgt hiebei dieselben Zwecke, wie der § 186 Abs. 2 HGB.; das mit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verkehrende Publikum soll über die wahren wirtschaftlichen Unterlagen der Gesellschaft volle Klarheit erhalten, diese sollen deshalb aus dem Vertrage und der öffentlichen Bekanntmachung, auf die das Publikum für seine Kenntnis angewiesen ist, erhellen und soll jedem Beteiligten insbesondere zur Kenntnis kommen, ob das in Geld festgesetzte Stammkapital ganz oder teilweise nicht in Geld, sondern durch Sacheinlagen oder durch Uebernahme von Vermögensgegenständen aufgebracht, sowie welcher Geldwert für die Sacheinlagen und welche Vergütung für die übernommenen Vermögensgegenstände festgesetzt ist. Weitere Schutzvorschriften sieht das Gesetz in Ansehung der Sacheinlagen und Uebernahmen nicht vor. Der Gesellschaftsvertrag vom 17. Februar 1906 enthält den von dem Gesellschafter A. L. eingelegten und von der Gesellschaft übernommenen Vermögensgegenstand, seinen Geldwert, die Art der Verrechnung auf die Einlage und die Höhe der Vergütung, die die Gesellschaft gewährt. Zu Unrecht vermissen die Instanzgerichte an diesen Angaben eine ausreichende Klarstellung über den Gegenstand der Einlage und der Uebernahme sowie eine Ausscheidung der Vergütung für den Warenzeichenschutz und für die Utensilien. Die Vermutung der Vorinstanzen, daß in dem Verlag der die Einlage bildenden Zeitschrift auch andere Verlagsrechte inbegriffen seien, ist durch den Wortlaut des Vertrags, mit dem auch die Versicherung des Beschwerdeführers übereinstimmt, ausgeschlossen; nach § 1 ist Gegenstand des Unternehmens nur der Fortbetrieb der Zeitschrift „S." durch die neu zu errichtende Gesellschaft. Die hierzu notwendigen „Utensilien" sind als Zubehör des Verlags dieser Zeitschrift weder auszuscheiden noch gesondert zu bewerten, abgesehen davon kann es sich, wie aus der Erwähnung der Geschäftsbücher als eines Hauptbestandteiles dieser Utensilien hervorgeht, offenbar auch nur um unbedeutende Gegenstände handeln, die bei der Festsetzung der Höhe des Uebernahmepreises außer Berücksichtigung geblieben sind. Ob das Zeitungsunternehmen in Wirklichkeit so viel wert ist, als die dafür festgesetzte Vergütung, hat der Registerrichter nicht zu prüfen, derartige Wertsangaben bleiben stets problematisch; Sache eines vorsichtigen Geschäftsmannes wird es daher sein, sich selbst ein Urteil über den angesetzten Wert zu bilden. Da nach obigen Ausführungen von der Gesellschaft nur ein Vermögensgegenstand nebst Zubehör übernommen wird, trifft der von dem Registergerichte in Bezug genommene Beschluß des ObLG. vom 18. Mai 1895 (A. Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 15 S. 645 ff.) hierher überhaupt nicht zu und braucht auch die Frage, ob, wenn der Uebernahmegegenstand in mehrfachen und verschiedenartigen Vermögensgegenständen besteht, eine Ausscheidung nach Art und Wert erfolgen muß, nicht erörtert zu werden. . . .
(Beschl. vom 26. April 1906 (I. Sen.) Reg. III Nr. 22/1906.)

550 K.

II.

Wird ein Grundstück in Erfüllung einer Vermächtnisforderung an den Vater als gesetzlichen Vertreter seiner Kinder aufgelassen, so ist die Auflassung als solche auch ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam. In dem Testamente des am 28. März 1906 in München verstorbenen H. waren u. a. den minderjährigen Kindern des Z. Anteile an Grundstücken als Vermächtnisse ausgesetzt. In notarieller Urkunde erklärten die Erben und Z. als Vertreter seiner Kinder die Eigentumsübertragung auf diese zum Vollzuge des Vermächtnisses. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, weil die nach §§ 1643, 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB. erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht beigebracht sei. Die Beschwerde wurde vom Landgerichte mit der Begründung zurückgewiesen, die Annahme der Auflassungserklärung sei eine Verfügung über die Vermächtnisforderung der Kinder, zu der der Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedürfe. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Kammergericht (RJA 3, 61) ausgesprochen hat, die sich aus § 1643 BGB. ergebende Befugnis des Vaters zum selbständigen Erwerbe von Forderungen auf Uebereignung eines Grundstücks die notwendige Folge hat, daß auch der die Uebereignung bewirkende dingliche Vertrag nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist. Denn wenn auch der Vater nicht ohne diese die Forderung des Kindes dadurch zum Erlöschen bringen kann, daß er die ihm vom Schuldner als Erfüllung der Verbindlichkeit angebotene Uebereignung des Grundstücks als Erfüllung annimmt und damit im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 2 über die Forderung verfügt (vgl. §§ 1812, 1813 BGB.), so hat die Unwirksamkeit der Erfüllung doch nicht die Unwirksamkeit der Uebereignung zur Folge. (Es wird nunmehr der bekannte Unterschied zwischen Auflassung und Kausalgeschäft näher ausgeführt.) Wird das Eigentum zur Erfüllung einer Verbindlichkeit dem gesetzlichen Vertreter des Gläubigers übertragen, der mangels der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Eigentumsübertragung nicht als Erfüllung annehmen darf, so bewirkt die Eigentumsübertragung nicht das Erlöschen des Schuldver-

hältnisses, aber der Uebergang des Eigentums wird nicht gehemmt. Das Grundbuchamt hat es nur mit der Auflassung zu tun und sich mit den den rechtlichen Grund bildenden Rechtsgeschäfte nicht zu befassen. (Beschl. des I. ZS. vom 30. Juni 1906). — — — n.

598

III.

Zu §§ 2204, 2205 BGB. Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Uebereignung eines Nachlaßgrundstücks an einen Erben ohne notariellen Vertrag? Die am 3. April 1904 verstorbene M. hat die P. J. und die M. P. als Erben eingesetzt und einen Notar zum Testamentsvollstrecker ernannt. Sie bestimmte, daß ihr Anwesen in B. (noch nicht unter Grundbuchrecht stehend) den Erbinnen zu gleichen Teilen zufallen, aber jede berechtigt sein solle, es gegen Zahlung von 11 000 Mk. an die andere zu erwerben. Der Testamentsvollstrecker stellte einen Auseinandersetzungsplan auf, der u. a. bestimmte: „Das Anwesen in B. erhält P. J. allein. M. P. ist durch Zuweisung von Forderungen entschädigt." Die Erbinnen erklärten sich einverstanden. Der Testamentsvollstrecker beantragte beim Hypothekenamt Umschreibung des Grundstücks auf P. J. Das Hypothekenamt gab dem Antrage statt, löschte aber später von Amts wegen die Eintragung wieder, weil zur Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück ein notarieller Vertrag erforderlich sei. Die Beschwerde des Testamentsvollstreckers blieb erfolglos. In seiner weiteren Beschwerde bezeichnete dieser die §§ 2204, 2205 BGB. als verletzt und behauptete, er sei nach § 2204 Abs. 1 befugt, bei der Auseinandersetzung den Uebergang des Eigentums an einem Nachlaßgrundstück auf den Erben zu bestimmen, der es nach dem Teilungsplan erhalten soll; bei dieser Uebertragung nehme er kein Rechtsgeschäft mit dem Empfänger vor. Die weitere Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Der Beschwerdeführer legt dem § 2204 Abs. 1 BGB. eine Bedeutung bei, die ihm nicht zukommt. Der Testamentsvollstrecker hat nach § 2046 zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen und zu diesem Zwecke den Nachlaß, soweit erforderlich, zu versilbern. Hierzu räumt ihm § 2205 das Recht ein, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. Für die Vornahme seiner Verfügungen sind die allgemeinen Vorschriften maßgebend. Soll ein Grundstück in Geld umgesetzt oder das Eigentum an einem vermachten Grundstück auf den Bedachten übertragen werden, so bedarf es unter der Herrschaft des Grundbuchrechts der Auflassung und Eintragung, und das gleiche gilt, wenn ein Grundstück dem Erben übereignet werden soll, dem es im Auseinandersetzungsplane zugeteilt ist. Die Zuteilung allein kann den Uebergang des Eigentums nicht bewirken. Für den Bezirk des AG. B. ist das Grundbuch noch nicht angelegt; zur Uebertragung des Eigentums ist daher nach Art. 14 des NotG. von 1861 ein notarieller Vertrag erforderlich. (Beschl. des I. ZS. vom 15. Juni 1906.) — — — n.

587

Oberlandesgericht München.

I.

Zu §§ 104, 929 Abs. 2 ZPO. Der Gläubiger hat gegen seinen Schuldner Arrestbefehl erwirkt; dieser wurde im Januar 1905 dem klägerischen Prozeßbevollmächtigten zugestellt, aber nicht vollzogen. Im Januar 1906 beantragte der klägerische Anwalt Festsetzung der Kosten des Arrestverfahrens; der Antrag wurde zurückgewiesen; die Beschwerde blieb erfolglos.

Gründe: Die Beschwerde ist die einfache; § 105 Abs. 4 ZPO. trifft nicht zu, weil das Erstgericht die Festsetzung ablehnte; die Anwendung des § 793 a. a. O. entfällt, da es sich um eine Zwangsvollstreckung nicht handelt. Die Beschwerde ist unbegründet. Die Anschauung, daß der Arrestbefehl zwar unvollziehbar, aber noch ein Vollstreckungstitel sei, ist unzutreffend. Das Wesen eines solchen besteht darin, daß mit ihm die Vollstreckung betätigt werden kann. Ist dies unmöglich, so ist die Urkunde kein Vollstreckungstitel mehr. Dies trifft bei Arrestbefehlen nach Ablauf der Frist in § 929 II ZPO. zu. Dessen Bedeutung besteht nicht darin, daß gegen eine Vollstreckung nach Ablauf der Frist der Betroffene Einwendungen erheben kann, sondern die Vollstreckung ist ganz ausgeschlossen. Der Gerichtsvollzieher und das Gericht müssen Vollstreckungshandlungen ablehnen. Der Umstand, daß die Frist keine Notfrist ist, sondern der Vereinbarung der Parteien unterliegt, steht nicht entgegen. Solange keine Vereinbarung vorliegt, bleibt die Vorschrift des § 729 in Kraft. Dies gilt auch für die Kosten. Belanglos ist die Berufung darauf, daß nach überwiegender Meinung auch im Arrestbeschluß Entscheidung im Kostenpunkte erfolgen müsse. Auch jedes eine Instanz abschließende Urteil regelt die Kostenpflicht, ohne daß daraus die Möglichkeit der Vollstreckung sich ergibt. Letztere tritt nur bei Rechtskraft oder vorläufiger Vollstreckbarkeit ein. (Ausnahme nur im Falle der §§ 99 Abs. 3 und 794 Ziff. 3 ZPO.) Der Arrestbefehl ist allerdings zumeist sofort vollstreckbar. Allein der Vollstreckung ist eine Grenze gesetzt. Das Gesetz unterscheidet hierbei nicht zwischen Hauptsache und Kosten; es liegt in der Natur der Sache, daß der Zweck des § 729 Abs. II ZPO., Vollstreckung unter veränderten Umständen zu verhüten, auch hinsichtlich der Kosten zutrifft.

Die Beschwerde will daraus, daß auch gegen einen nicht mehr vollstreckbaren Arrestbefehl Widerspruch zulässig sei, schließen, daß dieser sich nur auf die Kosten beziehen könne. Hierbei ist übersehen, daß ein Arrestschuldner auch Interesse daran haben kann, Unbegründetheit eines unvollziehbaren Arrestbefehls festgestellt zu sehen. An sich widerspricht die Anfechtung einer Kostenentscheidung für sich allein den Grundsätzen des Prozeßrechtes. Die Ausnahmen des § 99 Abs. II und III treffen hier nicht zu. Und selbst wenn man bezüglich der Arrestbefehle eine Ausnahme annehmen wollte, wäre dies belanglos, da die Bestimmung des § 729 II dadurch nicht beseitigt würde. (Beschl. vom 1. März 1906). W.

504

II.

Zu § 104 Abs. 1, § 99 Abs. 3 ZPO. Erstrichter hatte auf Grund eines Urteils, welches nur eine Entscheidung über den Kostenpunkt enthielt, ohne Nachweis der Rechtskraft die Kosten festgesetzt. Die Beschwerde gegen diesen Beschluß wurde zurückgewiesen.

Gründe: Den Vollstreckungstitel (§ 104 Abs. 1 ZPO.), auf den sich die Kostenfestsetzung gründet, bildet gemäß § 794 Ziff. 3 und § 99 Abs. 3 die Kostenentscheidung des landgerichtlichen Urteils. Die Bemängelung des Beschwerdeführers, das Urteil, das nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, sei noch nicht rechtskräftig, ist unzutreffend. Aus den in § 794 Ziff. 3 angeführten Entscheidungen findet die Zwangsvollstreckung ohne weiteres statt, ohne Rücksicht darauf, ob die Notfrist des § 577 Abs. 2 abgelaufen, ob Beschwerde eingelegt worden ist (Gaupp-Stein Anm. I Nr. 3 Abs. 2 zu § 794); als Endurteil im Sinne des § 704, die allerdings zur Voraussetzung der Vollstreckbarkeit die Rechtskraft hat, kann die Kostenentscheidung des § 99 Abs. 3 nicht gelten. Das Gericht folgt bei dem Widerstreite der Meinungen (vgl. Recht 1901 S. 382, DJZ. 1901 S. 282 einerseits und Reumiller zu § 794, Gaupp-Stein Anm. I 3 Abs. 1 a. E. zu § 794, I 4 mit Note 5 zu § 704, Recht 1901 S. 229,

DJZ. 1904 S. 115 andererseits) der letzteren Ansicht. Es rechnet insbesondere damit, daß der im § 99 gewählte allgemeinere Begriff „Entscheidung“ sich mit dem Wortlaute des § 794 Ziff. 3 deckt, sodaß also auch letzteren Orts wohl an eine in Form Urteils erlassene Entscheidung gedacht werden darf. Ferner wird das Kostenurteil des § 99 Abs. 3 infolge der eigenen Regelung seiner Anfechtbarkeit mit dem Zeitpunkt seiner Verkündung in besondere prozessuale Wege geleitet und verliert daher die Wesensgemeinschaft mit dem regulären Endurteil der §§ 300 Abs. 1, 511, 545; darum braucht es auch den Vorschriften in § 704 ff. für die Zwangsvollstreckung aus einem solchen nicht zu folgen. Die Bestimmung in § 705 Satz 2, wonach der Eintritt der Rechtskraft und damit die Statthaftigkeit der Vollstreckung (§ 704 Abs. 1) durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels gehemmt wird, wäre angesichts des Umstandes, daß für die in § 99 Abs. 3 zugelassene sofortige Beschwerde (abgesehen von dem Gebote in Satz 2) gegenüber den allgemeinen Vorschriften der § 567 ff. Besonderheiten nicht vorgesehen sind, mit den Grundsätzen unvereinbar, wie sie im § 572 für die Wirkung der Beschwerde und die Vollziehung der mit Beschwerde angefochtenen Entscheidung aufgestellt werden. (Beschluß vom 13. März 1906.)
500 W.

Oberlandesgericht Bamberg.

Unlauterer Wettbewerb: Voraussetzungen der Klage aus §§ 8 und 1 des Gesetzes, insbes. hinsichtlich der Aktivlegitimation. Begriff der unlauteren Reklame. Die Klägerin betrieb unter der Firma K. Z. bis 1896 eine Ziegelfabrik iu X.heim, verlegte aber ihr Geschäft von da an nach J. In X.heim entstand darauf eine andere Ziegelfabrik unter der Firma „X.heimer Ziegelwerke, H. Sch.“. Der Beklagte wurde Generalvertreter der letzteren Firma und bezeichnete sich im Geschäftsverkehr als „Alleinvertreter der X.heimer Ziegelwerke“ und als „Alleinverkäufer der X.heimer Falzziegel“. Die Klägerin bezeichnet dies als unlauteren Wettbewerb nach §§ 8 und 1 UnlWG. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: 1. Unbehelflich ist das Vorbringen der Klägerin, die Klage sei aus § 8 begründet, weil der Beklagte wisse, daß im Geschäftsverkehr die klägerische Firma mit dem Namen „X.heimer Ziegelwerke“ und deren Fabrikat als „X.heimer Falzziegel“ bezeichnet werde, dies auch dem Beklagten bei seinen Offerten, worin er sich als Alleinvertreter der X.heimer Ziegelwerke und als Alleinverkäufer der X.heimer Falzziegel bezeichnet, bekannt gewesen und diese seine Bezeichnung von ihm darauf berechnet worden sei, Verwechselungen der vom Beklagten vertretenen Firma mit jener der Klägerin hervorzurufen und unter den Leuten die Meinung zu verbreiten, er vertrete die klägerische Firma und sie würden Falzziegel dieser Firma erhalten. Die Bezeichnung „X.heimer Falzziegel“ fällt überhaupt nicht in das Schutzgebiet des § 8; sie enthält eine auf den Herstellungsort gestützte Warenbezeichnung, nicht etwa die Nachahmung des Phantasienamens einer Ware, welche als schwindelhafte Konkurrenz erachtet werden könnte (Stenglein, die strafrechtl. Nebengesf., 3. Aufl., S. 955 Ziff. 2.; Müller, UnlWG., 2. und 3. Aufl. § 8 S. 121 Ca). Der Ausdruck „X.heimer Ziegelwerke“ kann wohl als besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 8 angesehen werden: allein hier gewährt das Gesetz keine Popularklage, sondern klageberechtigt ist nur, wer sich der mißbrauchten Geschäftsbezeichnung befugterweise bedient, (Müller a. a. O. S. 132 Ziff. 9 A; Finger, UnlWG. S. 226 γ). Der Gebrauch der Geschäftsbezeichnung des Kläges muß zur Zeit des Mißbrauchs durch den Beklagten ein befugter sein; es besteht aber kein Anspruch, wenn der Kläger diesen Gebrauch vielleicht früher einmal in befugter Weise hatte, aber zur Zeit des angeblichen Mißbrauchs durch freiwillige Aufgabe der Bezeichnung nicht mehr berechtigter Inhaber war oder aus anderem Grunde die Befugnis zur Führung verloren hatte (Finger a. a. O. S. 227; Müller a. a. O. S. 133 i). Hier steht fest, daß die Klägerin die Bezeichnung „X.heimer Ziegelwerke“ nicht mehr führt; sie war bis zum Jahre 1896 zum Gebrauch dieser Bezeichnung befugt, da sie bis dahin ihre Fabrikstätte und Handelsniederlassung in X.heim hatte. Nachher hatte sie wegen Verlegung ihres ganzen Geschäftsbetriebs nach J. die Befugnis zur Führung der fraglichen Bezeichnung verloren und solche auch aufgegeben. Das Klagerecht war sonach erloschen. Wenn dieses nun darauf gestützt werden will, daß das Publikum im Geschäftsverkehr die klägerische Firma mit „X.heimer Ziegelwerke“ bezeichne, so ist dies unrichtig; denn durch dieses angebliche Verfahren des Publikums kann die unberechtigte Führung der Geschäftsbezeichnung seitens der Klägerin nicht zu einer berechtigten werden. Wenn dadurch Verwechselungen vorkommen, so trifft hieran nicht den Beklagten die Schuld sondern die Klägerin, welche das Publikum über ihre rechtmäßige Geschäftsbezeichnung hätte aufklären sollen. 2. Die angebliche Verfehlung des Beklagten gegen § 1 UnlWG. wird darauf gestützt, daß er in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen an einen größeren Personenkreis über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, die Art des Bezugs und die Bezugsquelle von Waren, unrichtige Angaben tatsächlicher Art mache, welche geeignet seien, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, indem er behauptet, der Alleinvertreter der X.heimer Ziegelwerke und der Alleinverkäufer der X.heimer Falzziegel zu sein, obwohl im Verkehre der klägerischen Firma und ihrem Fabrikate die gleiche Bezeichnung beigelegt werde. Auch dieses Vorbringen ist unbehelflich. Klageberechtigt ist hier jeder Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. (Stenglein a. a. O. S. 947 Ziff. 14). Da die Klägerin eine Ziegelfabrik betreibt, ist ihre Befugnis zur Klagestellung vorhanden, aber sachlich ist die Klage unbegründet. Das Gesetz fordert hier zur Begründung der Klage zur Täuschung des Publikums geeignete Angaben, und ihre objektive Unwahrheit (Müller a. a. O. S. 42 Ziff. 10). Beides ist hier nicht gegeben. Nicht jede Reklame mit unrichtigen Angaben fällt unter das Gesetz; es soll der Wettbewerb nur insoweit, als er unlauter ist, die Reklame nur insoweit, als sie sich als Auswuchs darstellt, getroffen werden. Die Angabe unwahrer Tatsachen in der Reklame fällt deshalb nur dann unter § 1, wenn sie objektiv geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken (RG. in JW. Bd. 31 S. 275). Unter dieser Voraussetzung kann die unwahre Angabe, alleiniger Lieferant oder Produzent einer Ware oder Alleinvertreter einer Firma zu sein, unter § 1 a. a. O. fallen (Müller a. a. O. S. 25; Finger a. a. O. S. 48, 145; RG. in JW. Bd. 31 S. 594). Das günstige Angebot kann anscheinend vorliegen nach der Richtung besonderer Wohlfeilheit, wie besonderer Güte oder Beschaffenheit der Ware. Wirklich günstige Angebote, die jedoch auf dem Wege unrichtiger Angaben gemacht werden, sind nicht untersagt (Stenglein a. a. O. S. 946 Ziff. 12). Hier soll nach klägerischer Behauptung der Anschein eines besonders günstigen Angebots in der unrichtigen Angabe liegen, als ob der Beklagte die einzige Person sei, durch deren Vermittlung man X.heimer Ziegel erhalten könne, d. h. als ob es sich um ein von demjenigen, der etwas Großartiges, nämlich den

Absatz der gesamten X.heimer Ziegel, in der Hand habe, herrührendes, deshalb besonders beachtenswertes Angebot handle. Darnach enthält aber die Anpreisung des Beklagten für das Publikum weder hinsichtlich der Wohlfeilheit, noch der Güte und Beschaffenheit der Ware ein besonders günstiges Angebot. Wenn man das Angebot von X.heimer Ziegeln an sich als ein besonders günstiges in der Richtung der Güte und Beschaffenheit der Ware erklärt, so hat der Beklagte das Publikum nicht getäuscht, denn er liefert ja wirklich X.heimer Falzziegel. Die unrichtige Angabe läge nur in der Behauptung, daß diese Ziegel bloß bei ihm zu beziehen seien, was für sich allein das Erfordernis eines besonders günstigen Angebots dem Publikum gegenüber nicht darstellt. Wollte man aber annehmen, daß das Gesetz nicht bloß zum Schutze des Publikums, sondern auch der Mitbewerber bestimmt sei und es genüge, wenn nur das Publikum durch unwahre Mittel angelockt werde (RG. in Straff. Bd. 35 S. 235), so läge freilich in der angeblich unwahren Angabe des Beklagten, Alleinlieferant der X.heimer Falzziegel zu sein, eine Täuschung des Publikums zum Nachteil anderer Konkurrenten und ein Verstoß gegen das Gesetz wäre nach § 1 a. a. O. gegeben. Allein eine Entscheidung dieser Frage ist nicht erforderlich, weil eine unwahre Angabe des Beklagten nicht vorliegt, indem er tatsächlich der Alleinvertreter der „X.heimer Ziegelwerke“ schlechthin und der Alleinverkäufer der „X.heimer Falzziegel“ ist. (Urteil vom 24. März 1906 BerR. 298/04.)

539 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Sauggasanlage Bestandteil eines Elektrizitätswerkes, § 93 BGB.[1]) Der Erstrichter hatte die Sauggasanlage als Zubehör des Gebäudes und daher den Eigentumsvorbehalt der Beklagten an der von ihr gelieferten Sauggasanlage für wirksam erklärt. Das Urteil wurde auf Berufung aufgehoben. Der Erstrichter hat zutreffend festgestellt, daß dauernde Bestimmung des Gebäudes, in welchem sich die Sauggasanlage befindet, die Erzeugung elektrischen Stroms vorzugsweise zu dem ständigen Zwecke der Beleuchtung des Marktes F. und der dortigen Gebäude und daß die in dem Gebäude aufgestellte Sauggasanlage die einzige Betriebskraft des Werkes ist. Das Gebäude wurde als Elektrizitätswerk erbaut und eingerichtet. Zum Betriebe gehört eine treibende Kraft, sei es Wasser-, Dampf- oder Gaskraft. Ohne solche ist das Werk unvollständig, nicht betriebsfähig. Also erst durch die von der Beklagten gelieferte, durch die Fundamentierung und Verschraubung mit Grund und Boden des Gebäudes verbundene Sauggasanlage wurde es zu einem brauchbaren Ganzen. Das Gebäude ist durch seine maschinelle Einrichtung ein neues einheitliches Ganzes, eine elektrische Zentrale geworden. Es ist daher nicht mehr zu fragen, ob das Gebäude durch die Entfernung der Sauggasanlage eine Wesensänderung erleidet, sondern ob dies für die neugeschaffene Einheit der Fall ist. Letzteres ist zu bejahen, da durch die Wegnahme der Anlage die Einheit zerstört und das Gebäude nicht mehr das sein kann, was es vorstellen soll und zu was es bestimmt ist. (JW. 1904 S. 467 Nr. 3 S. 548 Nr. 2., 1905 S. 387 Nr. 2, 1906 S. 189/190.) Ob die Sauggasanlage durch eine andere Betriebskraft ersetzt werden kann oder infolge ihrer Abnutzbarkeit in Zukunft ersetzt werden muß, ist gleichgültig, da es bei der Prüfung der Bestandteilseigenschaft nur darauf ankommt, ob durch die Beseitigung der Anlage eine wesentliche Aenderung des Grundstücks als Erzeugungsstätte für elektrischen Strom herbeigeführt wird und nicht, ob ein Ersatz durch einen Gegenstand von gleicher oder ähnlicher Bedeutung möglich ist oder notwendig wird. (RG. in ZS. Bd. 58 S. 338.) Daß etwa zwischen O. als Eigentümer des Grundstückes und den Hypothekgläubigern ein an sich zulässiger obligatorischer Vertrag geschlossen worden wäre, wonach diese die Wegschaffung der Sauggasanlage dulden müßten, ist nicht behauptet. (JW. 1904 S. 138 Nr. 2.) Gemäß § 93 BGB. teilt die Sauggasanlage das Schicksal des Grundstückes, dessen wesentlicher Bestandteil sie ist, sie unterliegt daher mit ihm gemäß § 33 des HypG. (n. F.) dem Hypothekrecht der Klägerin. Der Eigentumsübergang auf O. vollzog sich mit rechtlicher Notwendigkeit, ohne daß der Eigentumsvorbehalt der Beklagten und dessen Kenntnis seitens der Klägerin dem entgegenstünde. (Urt. v. 5. Febr. 1906.) H.

491

[1]) Vgl. hierzu das einen ähnlichen Fall etwas anders entscheidende Erkenntnis des Reichsgerichts auf S. 341.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu § 652 BGB. Ueber dessen Tragweite ist in einem Urteile des Oberlandesgerichts Augsburg (II. ZS.) vom 22. Mai 1906 folgendes ausgeführt: Nach den in beiden Instanzen geltend gemachten klagsbegründenden Tatsachen beansprucht der Kläger den Mäklerlohn ausschließlich deshalb, weil er von dem Beklagten den Auftrag erhalten habe, ihm für den beabsichtigten Verkauf seines Anwesens einen Liebhaber nachzuweisen, demnach aus der ersten Alternative des § 652 BGB. Desfalls genügt es für die Inanspruchnahme eines Mäklerlohnes, wenn der Mäkler dem Auftraggeber eine von ihm irgendwie erkundete Verkaufsgelegenheit nachweist. Hiernach erfüllt der Mäkler seine vertragsmäßige Verpflichtung dadurch, daß er seinem Auftraggeber einen zum Abschluß des Vertrags geeigneten Gegenkontrahenten zuführt. Allein mit dieser Tätigkeit ist der Inhalt des Mäklervertrags keineswegs erschöpft, nach dem Gesetz wird vielmehr der Mäklerlohn nur geschuldet, wenn die Tätigkeit des Mäklers Erfolg hat, wenn der Vertrag durch den Mäkler zustande gebracht wird, wenn zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Vertragsabschluß ein ursächlicher Zusammenhang besteht, der aber ausgeschaltet wird, wenn, wie hier, die vom Mäkler angebahnten Verhandlungen sich wieder zerschlagen haben und abgebrochen werden, und erst durch neue wieder aufgenommene Verhandlungen, bei denen der Mäkler nicht mehr beteiligt ist, das Geschäft später zum Abschluß gelangt. Betrachtet man nun hier das Ergebnis des Beweisverfahrens, so kann dahin gestellt bleiben, ob der vom Beklagten dem Kläger erteilte Auftrag sich auf eine bloße Gelegenheitsvermittlung, nämlich darauf beschränkt hat, einen geeigneten Kaufsliebhaber nachzuweisen, oder ob der Auftrag auf eine direkte Vermittlung des Vertrags d. h. dahin gegangen ist, daß sich der Kläger um die Herbeiführung des Vertragsschlusses zwischen den Beteiligten ernstlich zu bemühen hatte, und der Kläger eine diesbezügliche Tätigkeit entwickelt hat. Denn es steht außer Zweifel, daß zwischen der Tätigkeit des Klägers als Mäkler und dem später durch die Vermittlung eines anderen zustande gekommenen wirklichen Vertragsabschluß der ursächliche Zusammenhang mangelt.

579 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

Zum ZwVG. § 17 (147). Das Amtsgericht hat den Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, welcher gegen den eingetragenen und den nach § 106 HypG. vorgemerkten Eigentümer gerichtet war, zurückgewiesen; gegen ersteren auf Grund des

§ 28 ZwVG., gegen letzteren nach § 17 ZwVG. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde des Gläubigers bezüglich des Antrages gegen den vorgemerkten Eigentümer zurückgewiesen, dagegen einer solchen bezüglich des neben dem vorgemerkten noch eingetragenen Eigentümers stattgegeben und gegen diesen die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zulässig erklärt.

Aus den Gründen: Gegen den nur vorgemerkten Eigentümer liegen die Voraussetzungen des § 17 (147) ZwVG. für den Antrag nicht vor. Bezüglich der Zwangsverwaltung ist der Besitz des Grundstückes seitens des vorgemerkten Eigentümers durch Urkunden nicht glaubhaft gemacht worden und nicht offenkundig gewesen. Für die Anordnung der Zwangsversteigerung mangelt aber die Eintragung des Schuldners als Eigentümer des Grundstückes. Die Vormerkung des Eigentümers nach § 106 HypG. war unter dessen Herrschaft keine Eintragung; sie ist durch die Anlegung des Grundbuches nicht zur „Eintragung als Eigentümer" im Sinne des § 17 des ZwVG. geworden. Für die Anordnung der Zwangsversteigerung ist diese aber absolutes Erfordernis. Dagegen ist der Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung gegen den eingetragenen früheren Eigentümer trotz der Vormerkung des neuen Erwerbers zulässig; ihm steht § 28 ZwVG. nicht entgegen. § 28 ZwVG. erfordert, daß das der Zwangsvollstreckung entgegenstehende Recht aus dem Grundbuche ersichtlich ist. Hierzu genügt aber für das Zwangsversteigerungsverfahren nicht, daß dieses Recht lediglich aus ihm indirekt aus einem außerhalb des Grundbuches liegenden Rechtsakte gefolgert werden kann. Aus dem Grundbuche ersichtlich ist das Recht vielmehr nur dann, wenn der Eintrag im Grundbuche es mit den Rechtswirkungen der §§ 891 ff. BGB. ausstattet. Der Vormerkung des Eigentümers kam schon im Hypothekenbuche eine Rechtswirksamkeit bezüglich des Eigentums an dem Grundstücke nicht zu. Nach dem Rechte des BGB. und der GBO. mangelt dieser Vormerkung jede buchsmäßige rechtliche Bedeutung. Die Grundbuchordnung kennt eine solche Vormerkung des Eigentümers nicht. Eine Bestimmung über die rechtliche Eigenschaft oder etwaige Umwandlung dieser Vormerkung in irgend welche Eintragungsform der Grundbuchordnung enthalten die einschlägigen Ein- und Ausführungsgesetze nicht. (Beschlüsse des Landgerichtes München I vom 30. Mai und 21. Juni 1906 BR. Nr. 258 u. 296.)

586 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

Landgericht Bamberg.

Zu Art. 57 PStGB. Der in einer norddeutschen Stadt wohnende Kaufmann W. hat einer in Bayern erscheinenden Zeitung einen Prospekt beilegen lassen, worin zum Ankauf von „Staatseisenbahnlosen mit deutschem Reichsstempel" gegen Ratenzahlungen von 10 Mk. eingeladen und zur Aufgabe von Bestellungen an W. aufgefordert wird. Wegen einer Uebertretung des Art. 57 a PStGB. angeklagt, wurde W. vom Schöffengericht verurteilt, auf Berufung aber von der Strafkammer freigesprochen mit folgender Begründung: Da der Angeklagte, wie er einräumt, von der Prämien-Effektenbank, Aktiengesellschaft in Amsterdam, bestellt war, Kaufsangebote auf die Lose in Empfang zu nehmen und ihr zu übermitteln, da er ferner die Prospekte der Zeitungsexpedition zum Zwecke der Verteilung an ihre Abonnenten übersandt hat, hat er Teilnehmer für die erwähnte Verlosung gesammelt und die Lose öffentlich angekündigt (Art. 57 a Ziff. 1 u. 2 PStGB.). Nach dem nicht widerlegbaren Vorbringen des Angeklagten handelt es sich um die im Jahre 1870 von der türkischen Regierung ausgegebene Ottomanische Prämienanleihe, deren Lose auf den Nominalbetrag von 400 Fr. lauten. Nach der Bek. des Reichskanzlers vom 19. Juni 1871 Anl. B XI (RGBl. 1871 S. 265) sind diese Lose zweifellos als Inhaberpapiere mit Prämien im Sinne des RG. vom 8. Juni 1871 (RGBl. 1871 S. 210) anzusehen. Nach §§ 3 f. des bezeichneten Gesetzes dürfen diese Wertpapiere innerhalb des Deutschen Reiches weitergegeben und gehandelt werden, soferne sie spätestens bis zum 15. Juli 1871 abgestempelt worden sind. Zugunsten des Angeklagten und nach dem Wortlaute des Prospekts muß angenommen werden, daß sich das Angebot nur auf solche abgestempelte Obligationen bezogen hat. Nach dem Grundsatze des Art. 2 der Reichsverfassung, wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, kann die Landesgesetzgebung den reichsgesetzlich freigegebenen Verkauf der als Inhaberpapiere mit Prämien anzusehenden Türkenlose nicht verbieten. Ueberdies bestimmt auch § 3 Abs. 2 der VO. vom 10. Juli 1867 (RegBl. 1867 S. 809), daß der An- und Verkauf der Lose von auswärtigen Staatsanlehen im Königreiche — vorbehaltlich von hier nicht zutreffenden Ausnahmen — gestattet sei. Freilich könnte immerhin noch die unerlaubte Veranstaltung einer Lotterie in Frage kommen, wenn in dem Prospekt die Zusicherung eines Anteils an dem allenfallsigen Gewinne aus den Türkenlosen enthalten wäre. (EntschObLGSt. Bd. 1 S. 206). Allein nach dem Wortlaut des Prospektes trifft dies nicht zu. Auch auf Grund des § 7 des RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, wonach der Verkauf von Inhaberpapieren mit Prämien gegen Teilzahlungen bei Strafe verboten ist, läßt sich die Bestrafung des Angeklagten nicht rechtfertigen, da ein wirklich erfolgter Verkauf eines Loses nicht nachgewiesen ist. (Urt. vom 15. Mai 1906.)

528 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Schuberth in Bamberg.

Literatur.

Kaufmann, Emil, Rechtsanwalt in Magdeburg, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Nach dem System der Gesetze bearbeitet und zusammengestellt. 6. Band. (Rechtsprechung und Literatur des Jahres 1905.) Hannover 1906. Helwingsche Verlagsbuchhandlung. Preis geb. Mk. 5.–.

Aus dem Vorwort: „Das vorliegende 6. Bändchen der Handelsrechtlichen Rechtsprechung weist eine abermalige Vermehrung der benützten Zeitschriften, weitgehende Wiedergabe der einschlägigen Literatur unter Darstellung der Grundgedanken der einzelnen Aufsätze sowie behufs schnellerer Orientierung eine weitere äußerliche Kennzeichnung der befolgten Systematik durch vielfache Voranstellung von Schlagworten auf. Im übrigen ist das in den früheren Bändchen, namentlich im 5., befolgte System beibehalten und jetzt zu allen 6 Bändchen ein Generalregister gegeben. Auf eine durchgängige Verknüpfung der Entscheidungen mit denjenigen der früheren Bändchen ist tunlichste Sorgfalt verwendet, namentlich ist überall ersichtlich gemacht, inwieweit Entscheidungen der OLG. vom RG. aufgehoben oder bestätigt sind. Hinzugekommen sind die Entscheidungen der Kaufmannsgerichte und zum Gesetz betr. die Kaufmannsgerichte ... Daß die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Rechte der Handlungsgehilfen durch die Einrichtung der Kaufmannsgerichte vollkommen verloren gegangen ist und gehen mußte, ist ein jetzt in der Oeffentlichkeit viel beklagtes, aber bei den vorhergegangenen Diskussionen leider ganz unbeachtet gebliebenes Moment. Vielleicht trägt auch die vorliegende Sammlung in bescheidenem Teil zur Milderung dieses Uebelstandes bei." Im übrigen sei auf die warm empfehlende Besprechung des 5. Bändchens der handelsrechtlichen Rechtsprechung im ersten Bande dieser Zeitschrift S. 268 verwiesen. E.

Heinsheimer, Dr. Karl, Landgerichtsrat und Privatdozent in Heidelberg, Typische Prozesse. Ein Zivilprozeßpraktikum zum Gebrauch bei akademischen Uebungen und zum Selbststudium. Berlin 1906. Verlag von Otto Liebmann. Preis geb. Mk. 2.20.

Der Verfasser hat hier 30 klar und einfach gehaltene Prozeßerzählungen gesammelt. In Form von Fußnoten werden zahlreiche Fragen gestellt, an deren schriftlicher oder mündlicher Beantwortung sich der Anfänger üben soll. So soll nach und nach der ganze Stoff des Zivilprozeßrechts in anschaulicher Weise durchgenommen werden. Das Büchlein wird seinem Zwecke durchaus gerecht. Besonders zweckmäßig ist, daß der Verfasser die Lösungen der Aufgaben nicht aufgenommen hat, so daß der Uebende ganz selbständig vorgehen muß, wenn er von dem Gebrauch des Buches einen Nutzen haben muß. Der erzieherische Wert derartiger zum Nachschlagen im Gesetze und zum Durchdenken von Fällen anhaltender Hilfsmittel kann nicht hoch genug angeschlagen werden. von der Pfordten.

Parisius, Ludolf und Crüger, Dr. Hans, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Kommentar zum prakt. Gebrauch für Juristen und Genossenschaften. 5., vermehrte und umgearbeitete Auflage bearbeitet von **Dr. Hans Crüger.** Berlin 1906. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Preis brosch. Mk. 14.—, gebd. Mk. 15.—.

Das im Jahr 1890 zum erstenmal erschienene Werk bringt nicht nur eine Kommentierung des Genossenschaftsgesetzes. Eine 60 Seiten lange Einleitung enthält wertvolle Mitteilungen und Ausführungen zur Geschichte der deutschen Genossenschaftsbewegung und -Gesetzgebung. Der 2. und 3. Teil des Buches bringen hauptsächlich die vom Bundesrat erlassene Bekanntmachung betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu diesem Register vom 1. Juli 1899 nebst den hierzu in den einzelnen Bundesstaaten ergangenen Verordnungen und Bekanntmachungen — eine dankenswerte Bereicherung des Buches, mag auch die Brauchbarkeit der Zusammenstellung einigermaßen darunter leiden, daß mit Rücksicht auf den Umfang des Buches ältere Bestimmungen, die neben den abgedruckten teilweise in Kraft geblieben sind, nicht mit abgedruckt werden konnten und aus dem gleichen Grund auch die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters wegblieben, auf die in den Bestimmungen über das Genossenschaftsregister vielfach Bezug genommen wird. Der 1. Teil enthält auf 540 Seiten den eigentlichen Kommentar, der ja durch seine früheren Auflagen schon rühmlich bekannt ist. „Ein tüchtiger Jurist und tiefer Kenner des Genossenschaftswesens sowohl in der Praxis als auch in der Theorie, war Parisius der geborene Kommentator der deutschen Genossenschaftsgesetzgebung." Was Crüger mit diesen Worten von dem verstorbenen Mitherausgeber der drei ersten Auflagen sagt, gilt auch von ihm. Als Anwalt des allgemeinen Verbandes der auf Selbsthilfe beruhenden deutschen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften verfügt er über ein reiches Maß von Erfahrung; ein umfangreiches Material über die verschiedenen Vorgänge und Erscheinungen des Genossenschaftslebens steht ihm in seiner Stellung zu Gebote. Das ist um so wertvoller, als, wie Crüger im Vorworte bemerkt, die Entwicklung des Genossenschaftswesens auf allen Gebieten des wirtschaftlichen Lebens, die Anwendung der genossenschaftlichen Organisation bei Unternehmungen, für die sie nach ihrem Charakter und ihrer gesetzlichen Regelung kaum als geeignete wirtschaftliche und rechtliche Grundlage angesehen werden kann, in den letzten Jahren zu einer großen Zahl von Auslegungsfragen und einer umfangreichen Rechtsprechung geführt haben. Von der Art und Weise, wie die Rechtsprechung berücksichtigt ist, geben schon die dem Kommentare vorgedruckten „Ergänzungen unter Berücksichtigung der während des Druckes des Kommentares bekanntgewordenen höchstrichterlichen Entscheidungen" einen Begriff. Der Verfasser hat sich aber nicht mit der Zusammenstellung und Verwertung von Entscheidungen begnügt, sondern ist mit bestem Erfolge darauf bedacht gewesen, seiner Gesetzesauslegung eine systematische Behandlung der einzelnen Rechtsfragen zugrunde zu legen und die Gesetzesbestimmungen auf ihre Verwertbarkeit in der Praxis zu prüfen. Mögen auch die Strafbestimmungen des Gesetzes verhältnismäßig etwas stiefmütterlich behandelt worden sein, so kann dies doch dem Werte des Ganzen nicht wesentlich Eintrag tun. Den Schluß des Buches bildet, dessen Brauchbarkeit erhöhend, ein Sachregister von anerkennenswerter Ausführlichkeit. Vielleicht kann bei einer neuen Auflage die Benützung des Gesetzes dadurch erleichtert werden, daß dessen Text für sich allein am Anfang oder Schlusse des Kommentars noch einmal abgedruckt wird. E . . . t.

Hallbauer Max, Senatspräsident am Oberlandesgericht zu Dresden. 1. Das deutsche Testamentenrecht. 3. Auflage. 2. Das deutsche Grundstücksrecht (mit Ausnahme des Hypothekenrechts). Leipzig 1905. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Gbd. je Mk. 3.40.

Diese beiden Darstellungen bilden die Bände 100 und 177 der von Max Hallbauer und Geh. Rat Dr. W. Schelcher, Ministerialdirektor, herausgegebenen Juristischen Handbibliothek. Sie sind gemeinverständlich gehalten, verfallen aber an keiner Stelle in den oberflächlichen Ton der landläufigen Belehrungsschriften für Laien, sondern zeugen von ungewöhnlicher wissenschaftlicher Beherrschung des Stoffes. Sie stehen in dieser Beziehung hinter den ausgezeichneten, allgemein bekannten Darstellungen von Bernhöft nicht zurück. Ich möchte z. B. nur darauf verweisen, wie anschaulich und klar im Grundstücksrecht der Unterschied zwischen dem dinglichen und obligatorischen Vertrag begreiflich gemacht wird, ein Unterschied, der dem Laien nur sehr schwer eingeht. Auch den Studierenden können die beiden Bücher wegen ihrer einfachen und lichtvollen Schreibweise nur empfohlen werden.

von der Pfordten

Schlecht, Dr. Anton. Das Recht der Elektrizität. München 1906. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gbd. Mk. 4.20.

Der Verfasser gibt eine Uebersicht über das gesamte Recht der Elektrizität im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht. In einem Anhange sind die sämtlichen Materialien (Gesetze, Verordnungen, Normalstatute, Vertragsmuster) zusammengefaßt. Im 1. (zivilrechtlichen) Teile wird die Auffassung vertreten, daß die elektrische Energie nicht unter den Begriff „Sache" im Sinne des BGB. fällt und daß Verträge über ihre Lieferung sich unter keine der gewöhnlichen Vertragsformeln (Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag, Kauf) einreihen lassen, sondern eine besondere Klasse (Energie-Verträge) darstellen. Im 2. (strafrechtlichen) Teile wird insbesondere das Reichsgesetz vom 9. April 1900 eingehend erläutert. P.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising

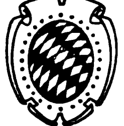
Nr. 18. München, den 15. September 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der Sühneversuch in Privatklagesachen.

Von Oberamtsrichter Ritz in München.

Nach § 420 StPO. ist die Erhebung der Privatklage wegen Beleidigung erst zulässig, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung zu bezeichnenden Vergleichsbehörde die Sühne erfolglos versucht worden ist. Der Kläger hat die Bescheinigung hierüber mit der Klage einzureichen. In zwei Fällen findet die Bestimmung keine Anwendung: Einmal, wenn die Parteien nicht in demselben Gemeindebezirk wohnen und ferner, wenn die Beleidigung gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in bezug auf ihren Beruf begangen ist.[1])

Der Wortlaut der Bestimmung zwingt dazu, in den Fällen, in denen ein Sühneversuch erforderlich ist, die Erhebung der Privatklage vor Abhaltung des Sühneversuchs für schlechthin unzulässig zu erklären. Eine solche Privatklage ist daher ohne weiteres zurückzuweisen; sie braucht dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft nicht mitgeteilt zu werden, denn das ist nur für die vorschriftsmäßig erhobene Klage vorgeschrieben (§ 422 StPO.). Der Wiedererhebung der zurückgewiesenen Klage nach Hebung des Mangels steht nichts im Wege, da in der Sache selbst keine Entscheidung getroffen ist. Unmöglich dagegen ist es, daß die mangelhafte Privatklage zurückgenommen und nach Beseitigung des Mangels wieder eingebracht wird; diesem Verfahren, das an sich das zweckmäßigste wäre, steht § 432 StPO. entgegen.[2]) Ergibt sich im Laufe des Verfahrens, daß die Vorschrift über den Sühneversuch nicht berücksichtigt ist, so muß das Verfahren von Amts wegen eingestellt oder, wie in solchen Fällen die Formel gewöhnlich lautet, für unzulässig erklärt werden.[1]) Die Einstellung des Verfahrens hat sogar dann zu erfolgen, wenn nach der Fassung der Privatklage ein Sühneversuch nicht notwendig war; so, wenn eine zunächst als Körperverletzung aufgefaßte Handlung sich als Beleidigung herausstellt oder wenn sich erst nachträglich ergibt, daß die Parteien im gleichen Gemeindebezirk wohnen. Die entgegengesetzten Meinungen suchen praktischen Erwägungen, die gewiß Beachtung verdienen, gerecht zu werden, können dies aber nicht ohne gewaltsame Umbeutung der klaren Vorschriften des Gesetzes.

Maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob die Vorlegung des Zeugnisses über den Sühneversuch verlangt werden muß, kann nur der Zeitpunkt der Erhebung der Privatklage sein. Die Privatklage wird erhoben durch die Einreichung beim Amtsgericht oder durch die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Wenn zu dieser Zeit die Voraussetzungen für die Notwendigkeit des Sühneversuchs nicht gegeben sind, bedarf es eines solchen nicht, gleichgültig, ob die Voraussetzungen früher vorlagen oder nachträglich eintreten. Der Sühneversuch ist also insbesondere dann nicht notwendig, wenn zurzeit der Erhebung der Privatklage die Parteien nicht im gleichen Gemeindebezirk wohnen. Der Begriff des Wohnens muß dabei nicht im juristischen, sondern im tatsächlichen Sinne, dem des nicht bloß vorübergehenden Aufenthalts, genommen werden.[2]) Der Grund, weshalb das Gesetz den Sühneversuch nur dann vorschreibt, wenn die Parteien im gleichen Gemeinde-

---

[1]) § 420 StPO. sagt: „Insofern nicht einer der im § 196 StGB. bezeichneten Fälle vorliegt." Das sind die im Text angeführten Fälle. In diesen Fällen haben außer den unmittelbar Beteiligten auch deren amtliche Vorgesetzte das Recht, den Strafantrag zu stellen. Nach § 414 StPO. kann die vorgesetzte Behörde auch die Privatklage erheben. Praktisch wird das wohl nicht vorkommen. Ein Sühneversuch ist in diesen Fällen nie notwendig, gleichviel, von wem der Strafantrag gestellt oder die Privatklage erhoben wird.

[2]) Manchmal wird ein Ausweg in der Weise gesucht, daß die Privatklage zunächst nicht weiter behandelt und erst in dem Zeitpunkt als eingereicht angesehen wird, in welchem die Bescheinigung in Vorlage kommt. Triftige Gründe lassen sich dagegen nicht vorbringen.

[1]) In der Revisionsinstanz kann der Mangel nicht mehr berücksichtigt werden (StPO. § 380).

[2]) Vgl. Entsch. d. ObLG. Bd. 4 S. 162. Die Entscheidung gibt zwar nur die Ausführungen des Landgerichts wieder, bringt aber deutlich zum Ausdruck, daß sie ihnen nicht entgegentreten will.

bezirk wohnen, ist unverkennbar der, daß durch den Sühneversuch den Parteien möglichst wenig Schwierigkeiten und Kosten verursacht werden sollen; dabei ist als Regel gedacht, daß der Sühneversuch vor einem Gemeindebeamten vor sich geht. Das schließt die Anwendung der gesetzlichen Begriffsbestimmung des Wohnsitzes aus; diese könnte dazu führen, daß eine von ihrem Manne getrennt lebende Frau, die gegen eine in dem gleichen Orte wie ihr Mann wohnende Person die Privatklage erheben will, dorthin reisen müßte, um den Sühneversuch vornehmen zu lassen, daß aber ein Sühneversuch nicht notwendig wäre, wenn sie gegen eine mit ihr in der gleichen Gemeinde sich aufhaltende Person klagen wollte. Wie weit eine vorübergehende Verlegung des Aufenthaltsortes Berücksichtigung verdient, kann nicht allgemein gesagt werden. Dem Sinne des Gesetzes entspricht es, daß vorübergehende Abwesenheit dann nicht berücksichtigt wird, wenn mit der Privatklage ohne Nachteil bis zur Rückkehr zugewartet werden kann. Unter Umständen kann eine vorübergehende Abwesenheit von wenig Wochen genügen, um das Erfordernis des Sühneversuchs in Wegfall zu bringen, namentlich wenn die Gefahr besteht, daß die Privatklage nicht mehr vor Ablauf der Verjährungsfrist eingebracht werden kann.[1]) Anderseits kann möglicherweise eine Abwesenheit, die sich auf mehrere Monate erstreckt, diese Wirkung nicht haben, wenn die Rückkehr mit Bestimmtheit zu erwarten ist und keine triftigen Gründe dafür vorliegen, die Privatklage vorher einzureichen. So wird insbesondere der Umstand, daß eine der Parteien im Landaufenthalt ist, regelmäßig keine Beachtung verdienen. Dem Verlust der Antragsfrist (§ 61 StGB.) kann dadurch vorgebeugt werden, daß zunächst nur der Strafantrag gestellt wird. Der Privatkläger kann auf diese Weise durch zeitweilige Verlegung seines Wohnortes den Sühneversuch unnötig machen; daß diese Möglichkeit mißbraucht wird, ist nicht anzunehmen, da ja der Privatkläger wenig Vorteil davon hat, wenn er die Privatklage ohne Sühneversuch vornehmen kann.

In Bayern ist die Vornahme des Sühneversuchs durch die Bekanntmachung der Ministerien der Justiz und des Innern vom 5. August 1879 (GVBl. S. 769, JMBl. S. 369) den Bürgermeistern übertragen. Nach Art. 80 des AG. z. GVG. sind die Gemeindebehörden verpflichtet, diese Aufgabe zu übernehmen; außerdem sind die Art. 100 Abs. 2 und 3, Art. 144 Abs. 2 und 4 der GemO. für die Landesteile diesseits des Rheins hierbei für den gesamten Umfang des Königreichs für anwendbar erklärt. Demgemäß ist der Vermittlungsversuch als vereitelt zu erachten, wenn auf gehörige Ladung nicht beide Parteien erscheinen. Ist der Privatkläger nicht erschienen, so verwirkt er eine Geldbuße von 90 Pfg. zum Besten der Armenkasse. Die Verhandlungen und Ausführungen sind tax- und stempelfrei. Weitere gesetzliche Vorschriften über den Sühneversuch bestehen nicht; insbesondere ist das Verfahren nicht gesetzlich geregelt. Die Bekanntmachung vom 5. August 1879 gibt darüber folgende Weisungen:

1. Die Vornahme des Sühneversuchs wird in den sämtlichen Gemeinden des Königreichs den Bürgermeistern übertragen. Dieselben können hiermit in Gemeinden mit städtischer Verfassung ein anderes Magistratsmitglied oder einen höheren Gemeindebediensteten, in den übrigen Gemeinden ein anderes Mitglied des Gemeindeausschusses oder des Gemeinderats beauftragen.

2. Die Anberaumung eines Termines zum Sühneversuch kann von demjenigen, welcher eine Privatklage wegen Beleidigung erheben will, nur verlangt werden, wenn er und sein zu belangender Gegner in demselben Gemeindebezirke wohnen.

Der Beklagte kann sich im Termine durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen, der Kläger nur dann, wenn er die Unmöglichkeit persönlichen Erscheinens nachweist.

3. Ueber das Ergebnis des Sühneversuchs ist ein Protokoll aufzunehmen, in welchem die Anwesenheit der erschienenen Personen, die Eigenschaft, in welcher sie erschienen, und im Falle des Zustandekommens eines Vergleiches dessen einzelne Bestimmungen anzuführen sind.

4. Bei Erfolglosigkeit des Sühneversuchs ist dem Kläger ein Zeugnis hierüber auszustellen.

Als erfolglos ist der Sühneversuch anzusehen

a) wenn beide Teile erschienen sind, eine Versöhnung zwischen ihnen aber nicht zustande gebracht wurde,

b) wenn zwar der Kläger im Termine erschienen, die beklagte Partei aber ausgeblieben ist.

5. Das Zeugnis hat ausdrücklich festzustellen, welche der unter Ziff. 4 a und b angeführten Voraussetzungen im einzelnen Falle gegeben war.

6. Ist der Kläger im Termine ausgeblieben, so unterliegt er der im Art. 100 und Art. 144 der Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins vom 29. April 1869 bestimmten Geldbuße und kann ein Zeugnis über erfolglos versuchte Sühne nicht beanspruchen.

Ob das Ausbleiben (bei Erkrankung, Unglücksfällen u. dgl.) als ein entschuldigtes angesehen und deshalb von Zuerkennung der Strafe Umgang genommen wird, bleibt dem Ermessen der Vergleichsbehörde anheim gegeben.

7. Die Verhandlungen und Ausführungen der Vergleichspartei sind gebührenfrei.[1])

---

[1]) Das kann leicht vorkommen bei den durch die Presse begangenen Beleidigungen, da hier die Verjährungsfrist nur sechs Monate beträgt (§§ 22 des PreßG.).

[1]) Sind diese Weisungen als Rechtsnormen anzusehen? Der § 420 StPO. ermächtigt die Landjustizbehörde, die Vergleichsbehörde zu bezeichnen; von Vorschriften über das Verfahren sagt er nichts. Auch der Art. 80 des AG. z. GVG. gibt keinen Anhaltspunkt. Es kann insbesondere streitig werden, ob ein Sühneversuch dann als gesetzwidrig und bedeutungslos an-

Eine Reihe von Fragen bleibt offen.

In welcher Form ist der Antrag auf Anberaumung des Sühnetermines zu stellen? Jede Form muß genügen; nur müssen die Parteien bestimmt bezeichnet und die Handlung, wegen deren der Sühneversuch vorgenommen werden soll, so deutlich beschrieben werden, daß später bei Erhebung der Privatklage festgestellt werden kann, ob der notwendige Sühneversuch stattgefunden hat. Das läßt die schriftliche Fassung dringend geboten erscheinen. In dieser soll namentlich auch der Tag und der Ort der Handlung angegeben sein; mangelhafte Anträge sollen zur Ergänzung zurückgegeben werden. Ein Antrag, der lautet: „Ich ersuche um Ansetzung eines Sühnetermines, weil N. N. mich am 1. März 1906 dahier in meiner Wohnung einen Dieb geheißen hat" ist genügend. Wenn, wie das in der Regel geschieht, nur der Wortlaut der Beleidigung selbst angegeben wird, können später Zweifel entstehen, ob der Sühneversuch sich auf die Beleidigung bezogen hat, wegen der die Privatklage erhoben worden ist; die Lösung solcher Zweifel macht stets große Schwierigkeiten und ist oft unmöglich. Mündlich gestellte Anträge werden am besten zu Protokoll genommen.

Wer ist berechtigt, den Antrag zu stellen? Nach Ziff. 2 der Bekanntmachung derjenige, welcher eine Privatklage wegen Beleidigung erheben will. Vorausgesetzt ist, daß er eine Privatklage erheben kann. Nach § 414 StPO. fehlt diese Fähigkeit allen Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben; hier kann nur der gesetzliche Vertreter die Ansetzung eines Sühnetermines verlangen.[1]) Wer gesetzlicher Vertreter ist, bestimmt das bürgerliche Recht. Der gesetzliche Vertreter Minderjähriger, die in elterlicher Gewalt stehen, ist der Vater, nach dessen Tod oder wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hat oder wenn diese ruht oder wenn er in der Ausführung tatsächlich verhindert ist, die Mutter. Wenn die elterliche Gewalt nicht völlig in einer Person vereinigt ist, kommt es darauf an, wem die Vertretung des Minderjährigen in den die Person betreffenden Angelegenheiten zusteht; demgemäß ist zur Erhebung der Privatklage für eine minderjährige Frau nicht ihr Mann,[1]) sondern ihr Vater oder ihre Mutter, zur Erhebung der Privatklage für einen Minderjährigen, wenn die Sorge für dessen Person zufolge Scheidung der Ehe der Mutter zusteht, der Vater befähigt. (§§ 1630–1635, 1684, 1685 BGB.). Der gesetzliche Vertreter einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person, die nicht unter elterlicher Gewalt steht, ist ihr Vormund. (§§ 1793, 1897 BGB.). Ist für die Erhebung der Privatklage ein Pfleger bestellt, so ist dieser der gesetzliche Vertreter. (§§ 1915 BGB.). Wenn eine in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkte Frau beleidigt worden ist, hat zunächst sie selbst das Recht, die Privatklage zu erheben und kann darum die Ansetzung eines Sühnetermins beantragen; das gleiche Recht hat aber unabhängig von ihr auch ihr Mann.[2]) Wenn beide, jedes für sich, die Ansetzung eines Sühnetermines beantragen, muß beiden Anträgen stattgegeben werden, da ja möglicherweise der eine oder der andere Teil nachher davon absehen kann, die Sache weiter zu verfolgen. Auf Grund eines Sühneversuchs, der zwischen der Frau und ihrem Gegner stattgefunden hat, kann der Mann keine Privatklage erheben; das gleiche gilt für die Frau, wenn der Mann den Sühneversuch beantragt hat. Wenn der von einem Teil beantragte Sühneversuch Erfolg gehabt hat, kann trotzdem der andere Teil die Sache weiter betreiben, also die Abhaltung eines neuen Termines beantragen.

Wenn namens einer juristischen Person die Privatklage erhoben werden soll, hat deren Vorstand den Antrag auf Ansetzung des Sühnetermines zu stellen.[3]) An Stelle des Berechtigten kann auch

---

zusehen ist, wenn die Vergleichsbehörde die Vertretung des Privatklägers in weiterem Umfange zugelassen hat, als den Weisungen entspricht. z. B. dem an Stelle des Privatklägers erschienenen Rechtsanwalt ein Zeugnis über das Mißlingen des Sühneversuchs ausstellt, obwohl der Privatkläger am Erscheinen nicht verhindert war. Dem Sinne des Gesetzes entspricht es, die Frage zu bejahen. In der Ermächtigung, die Vergleichsbehörde zu bezeichnen, muß auch die Erteilung der Befugnis, die nötigen Vorschriften über das Verfahren zu geben, erblickt werden. Daß für die Vergleichsbehörden die Anweisungen verbindlich sind, ergibt sich schon daraus, daß es sich um eine Tätigkeit der Gemeinde im übertragenen Wirkungskreise handelt.

[1]) Das Recht zur Erhebung der Privatklage fällt mit dem Rechte zur Stellung des Strafantrags nicht immer zusammen. Nach § 65 StGB. ist ein Minderjähriger, welcher das 18. Lebensjahr vollendet hat, selbstständig zur Stellung des Strafantrags berechtigt; zur Erhebung der Privatklage ist aber nur sein gesetzlicher Vertreter befähigt. Dieser erhebt die Privatklage namens des Minderjährigen; der Minderjährige, nicht der gesetzliche Vertreter, ist der Privatkläger (Entsch. d. ObLG. Bd. 3 S. 251, 399). Das ist von besonderer Bedeutung für die Frage der Widerklage und hat unter allen Umständen zur Folge, daß der Minderjährige nicht als Zeuge vernommen werden kann. Da aber der Minderjährige nicht selbst die Befugnis hat, die Privatklage zu erheben, kann er auch nicht den Antrag auf Ansetzung eines Sühnetermines stellen. (Vgl. Entsch. d. ObLG. Bd. 4 S. 162 und Anm. 1 auf Seite 349.)

[1]) Der Mann kann nicht namens der Frau klagen, wohl aber, wenn ihr die Beleidigung nach der Eingehung der Ehe zugefügt ist, im eigenen Namen (§ 195 StGB.). Vgl. die nächste Anm.

[2]) Der Mann erhebt in einem solchen Falle die Privatklage nicht namens der Frau; die Frau ist nicht Privatklägerin. Sie kann also als Zeugin vernommen werden und muß, wenn das geschieht, beeidigt werden. Die Erhebung einer Widerklage ist in einem solchen Falle ganz ausgeschlossen; gegen die Frau kann sie nicht gerichtet werden, weil sie nicht Privatklägerin ist, gegen den Mann nicht, weil die Voraussetzung der Wechselseitigkeit fehlt. Wohl kann aber eine von der Frau verübte Beleidigung oder Körperverletzung, wenn Erwiderung auf der Stelle erfolgte, zur Ausgleichung benützt werden. (§ 199 StGB., § 428 StPO.).

[3]) Der § 414 StPO. erwähnt ausdrücklich die Erhebung der Privatklage durch „Korporationen, Gesellschaften und andere Personen-Vereine, welche als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können."

ein bevollmächtigter Vertreter den Antrag stellen; für die Vertretung gelten, da besondere Vorschriften fehlen, die Bestimmungen des BGB. (§§ 164 ff.). Demgemäß muß jede geschäftsfähige Person als Vertreter zugelassen werden; einer besonderen Form bedarf die Vollmacht nicht.

Muß dem Antrag auf Ansetzung eines Sühnetermines ohne weitere Prüfung stattgegeben werden? Die Frage ist im allgemeinen zu bejahen; jedenfalls muß als Grundsatz gelten, daß der Antrag nur dann zurückgewiesen werden soll, wenn außer Zweifel steht, daß er unberechtigt ist. Es ist insbesondere nicht die Aufgabe der Vergleichsbehörde, zu prüfen, ob die Handlung, wegen welcher die Privatklage erhoben werden soll, den Tatbestand eines Vergehens der Beleidigung erfüllt, ob die Antragsfrist noch läuft, ob die Strafverfolgung nicht verjährt ist. Das muß dem Gerichte vorbehalten werden; für die Vergleichsbehörde muß die Erklärung des Antragstellers genügen, daß er die Handlung zur Grundlage einer Privatklage wegen Beleidigung machen will. Eine Ausnahme kann nur für den Fall zugelassen werden, daß wegen der gleichen Handlung schon in einem früheren Termin ein Vergleich geschlossen worden ist, in welchem der Verletzte auf die Stellung eines Strafantrags oder die Erhebung der Privatklage verzichtet hat. Durch diesen Vergleich ist die Sache für die Vergleichsbehörde erledigt und es wäre widersinnig, sie neuerdings zu behandeln. Wenn die rechtliche Wirksamkeit des abgeschlossenen Vergleichs bestritten wird, ist es Sache des Gerichts, diese Frage zu entscheiden.[1]) In gleicher Weise darf wegen Mangels der Legitimation des Antragstellers der Antrag auf Ansetzung eines Sühnetermines nicht zurückgewiesen werden, solange nur die Möglichkeit besteht, daß der Antragsteller befähigt ist, die von ihm beabsichtigte Privatklage zu erheben. Das gilt besonders dann, wenn die Mutter einer minderjährigen Person den Antrag stellt mit der Behauptung, der Vater sei in der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert. Die Vergleichsbehörde kann zwar die Antragstellerin darauf hinweisen, daß, wenn ihr Vorbringen unrichtig ist, der Sühnetermin rechtlich keine Bedeutung hat, sie kann aber nicht einen Nachweis der Verhinderung verlangen. Als zulässig muß dagegen die Zurückweisung angesehen werden, wenn die Befugnis zur Erhebung der Privatklage offenkundig fehlt, so wenn ein Minderjähriger den Antrag stellt oder wenn der Antragsteller erklärt, eine Privatklage erheben zu wollen, die gesetzlich nicht zulässig ist, z. B. eine Frau wegen Beleidigung ihres Mannes, ein Sohn wegen Beleidigung seines Vaters.[1]) Wenn statt des Antragsberechtigten ein Vertreter auftritt, kann der Nachweis der Vollmacht verlangt werden; ebenso von einem Vormund oder Pfleger der Nachweis der Bestallung, von dem Vorstande juristischer Personen der Nachweis ihrer Berufung, von dem Vorstand eines Vereins auch der Nachweis der Rechtsfähigkeit des Vereins. Wegen Mangels der Zuständigkeit kann der Antrag zurückgewiesen werden, wenn offen zu Tage liegt, daß die Parteien nicht in dem Bezirke der Vergleichsbehörde wohnen. Jeder Zweifel in dieser Hinsicht läßt die Zurückweisung ungerechtfertigt erscheinen, gleichviel, ob es sich nur um vorübergehenden Aufenthalt im Bezirke der Vergleichsbehörde oder um vorübergehende Abwesenheit handelt. Ueberhaupt muß stets beachtet werden, daß durch die Ansetzung eines Sühnetermines den Parteien niemals ein rechtlicher Nachteil erwachsen kann, wohl aber durch die Abweisung des Antrages. Wird der Antrag zurückgewiesen oder die Behandlung der Sache ungebührlich verzögert, so kann die Aufsichtsbehörde um Abhilfe angegangen werden.[2]) (Schluß folgt.)

Die Frage, ob Personenmehrheiten Gegenstand einer Beleidigung sein können, ist damit bejaht, allerdings bleibt noch offen, wie weit das möglich ist. Soweit verleumderische Kreditgefährdung in Betracht kommt, ist die Zulässigkeit der Privatklage unbestritten. Ob in solchen Fällen ein Sühneversuch überhaupt erforderlich ist, muß sehr in Zweifel gezogen werden; der § 420 StPO. hat seinem Wortlaut nach nur einzelne Personen im Auge, denn er spricht vom Wohnen der Parteien. Wenn man auch für die von juristischen Personen zu stellenden Privatklagen einen Sühneversuch verlangt, wird man deren Sitz als deren Wohnort betrachten müssen. Stiftungen können nach der herrschenden Meinung nicht Gegenstand einer Beleidigung sein. Nicht rechtsfähige Vereine können eine Privatklage nicht erheben, wohl aber ihre Mitglieder als solche. (§ 50 ZPO.).

[1]) Der Antrag auf Neuansetzung eines Sühnetermines, nachdem der frühere erfolglos verlaufen ist, darf nicht zurückgewiesen werden. Es könnte sein, daß in der Zwischenzeit die Stimmung der Parteien sich geändert hat. Das gilt selbst dann, wenn der frühere Termin zufolge des Ausbleibens des Antragstellers vereitelt worden ist. (Entschl. des Staatsministeriums des Innern vom 31. Januar 1883; Weber Bd. 16 S. 102).

[1]) Nur an solche Fälle ist hier gedacht, in denen die Beleidigung ausschließlich den Mann oder den Vater betrifft. Wenn durch die dem Mann zugefügte Beleidigung auch die Frau, durch die dem Vater zugefügte Beleidigung auch der Sohn in seiner Ehre gekränkt wird, kann von diesen die Privatklage erhoben werden. Der Antrag darf darum auch in solchen Fällen nicht zurückgewiesen werden, wenn etwa gesagt würde, die Klage solle namens des Mannes oder des Vaters gestellt werden.

[2]) Art. 156 der GemO. für die Landesteile rechts des Rheins, Art. 88 der GemO. für die Pfalz. Wenn die Aufsichtsbehörde die Zurückweisung des Antrags für berechtigt erklärt, kann das Gericht unbedenklich von der Vorlegung des Zeugnisses über das Mißlingen des Sühneversuchs absehen. Je nach Lage der Sache kann sich das Gericht auch mit der Verweigerung der Ansetzung eines Sühnetermines begnügen. So wichtig ist das Sühneverfahren nicht, daß aus seiner Anordnung für bestimmte Fälle mehr Schwierigkeiten für die Erhebung von Privatklagen, als unbedingt nötig ist, abgeleitet werden dürften. Daß die Vergleichsbehörde wegen naher Beziehung zur Streitsache oder zu den Parteien nicht tätig werden kann, darf bei der leichten Möglichkeit der Stellvertretung als ausgeschlossen gelten. Im äußersten Falle müßte die Justizverwaltung die Vergleichsbehörde bestimmen. Entschl. d. JM. vom 19. Mai 1888 (Weber Bd. 19 S. 78).

Grenzen des Zurückbehaltungsrechts.

Von Rechtsanwalt **Dr. Geiershöfer** in **Nürnberg**.

Man möchte die Frage, ob ein Retentionsrecht die Befugnis zur Vornahme positiver Handlungen schaffen kann, mit Rücksicht auf den Begriff des Zurückhaltungsrechts und den Sprachgebrauch zunächst wohl verneinen; denn wer eine Leistung zurückhalten darf, dürfe doch nicht eine positive Handlung bewirken. Und doch muß trotz der nicht glücklichen Bezeichnung „Zurückbehaltungsrecht" für das Recht des § 273 die Prüfung der Frage zu ihrer Bejahung führen. Der § 273 des BGB. läßt unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, die Verweigerung der geschuldeten Leistung zu. Nun umfaßt aber der Begriff Leistung zufolge ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auch das Unterlassen (§ 241). Mit Rücksicht hierauf und auf die Protokolle (S. 624 ff.) zu § 273 ist kein Zweifel, daß auch Unterlassungen retiniert werden können; hierüber besteht auch volle Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung. Nun äußert sich aber gerade die Verweigerung einer auf Unterlassen gerichteten Leistung in positivem Tun; denn sonst wäre ja noch immer eine Unterlassung gegeben, nicht deren Verweigerung. So einfach nun die Aufstellung dieses Satzes als Regel ist, so schwierig ist die Anwendung der Regel auf die Praxis im Einzelfall im Hinblick auf die durch § 273 verbis: „Sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt" sowie die allgemeinen für diesen Satz geltenden Auslegungsgrundsätze (BGB. §§ 157, 242) gesetzte Schranke nicht weniger wie im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und dem sich daraus ergebenden Zweck des § 273; nach seiner Entstehungsgeschichte bedeutet der § 273 nichts als einen wichtigen Anwendungsfall der früheren exceptio doli (vgl. RG. Entsch. Bd. 14 S. 234; Mot. S. 41 zu § 273), seinem Zwecke nach dient er als Sicherungs- und indirektes Zwangsmittel bezüglich Erlangung der geschuldeten Leistung des anderen Teils (Mot. II S. 42).

Demnach ist im Einzelfall nach Maßgabe aller im vorstehenden Satze aufgeführten Gesichtspunkte die Zulässigkeit der Retention, somit auch der Zurückhaltung von Unterlassungen, zu beurteilen. Mit Unrecht stellen in der Frage der Zulässigkeit einer Zurückhaltung von Unterlassungen namhafte Kommentatoren den Satz auf: Zurückhaltung von Unterlassungen werde regelmäßig (so Rehbein § 273 Note 81) oder doch besonders häufig dem Zweck (Staudinger § 273 II 1 c) oder der Natur (Planck, Neuauflage, zu § 273 S. 64) des Schuldverhältnisses widersprechen; noch weiter geht Schollmeyer § 273, Z. 1 b. Meines Erachtens werden die Fälle, in welchen aus der Natur des Schuldverhältnisses heraus die Zurückhaltung der Unterlassung unzulässig ist, äußerst selten sein; ein solcher Fall ist zwar der der Vorleistungspflicht des die Zurückhaltung Betätigenden, aber Vorleistung ist nicht die Regel, sondern die Ausnahme, sie muß entweder ausdrücklich vereinbart oder im Gesetz ausnahmsweise (z. B. beim Dienstvertrag in § 614, die Bestimmung ist aber dispositiven Rechts) festgesetzt sein; auch im übrigen dürfte die Art des Schuldverhältnisses nur selten, hauptsächlich bei ausdrücklicher oder zu vermutender Vereinbarung entgegenstehen. Häufiger wird daher die Entscheidung darauf abzustellen sein, ob nicht im Hinblick auf den Umstand die Zurückhaltung unstatthaft ist, daß die Retentionseinrede als exceptio doli nicht selber unbillig wirken darf und eben nur der Herbeiführung der gegnerischen Leistung zu dienen bestimmt ist. Angelpunkt der Entscheidung, ob eine Zurückhaltung zulässig ist, wird also in den meisten Fällen, bei denen darüber Streit entsteht, nicht der Wortlaut des § 273, insbesondere nicht der einschränkende Satz: „Sofern nicht sich aus dem Schuldverhältnis anderes ergibt" sein, sondern das nach der Entstehung des § 273 zu beurteilende Ziel dieses Paragraphen; dieses Ziel — die Gegenleistung indirekt zu veranlassen oder sie zu sichern — darf nicht in unbilliger Weise überschritten werden (ähnlich Dernburg Bd. II § 57).

Aus diesem Gesichtspunkt sind die bei verschiedenen Schriftstellern behandelten, die Zurückhaltung von Unterlassungen betreffenden Beispiele zu prüfen: Nach Rehbein S. 96 darf der Grundstücksverkäufer, der auf einem ihm verbliebenen Grundstücksrest die Errichtung eines Neubaues zu unterlassen versprach, bei Ausbleiben von Kaufschillingsraten nicht etwa ein Haus darauf errichten. Dem ist dann beizupflichten, wenn es sich um eine solide, fest eingebaute Anlage, nicht bloß um leicht wegzunehmende Bauten wie z. B. Remisen, Hütten, Holzhäuschen 2c. handelt, da sonst dem Gegenteil ein praktisch schwer zu beseitigender Schaden zugefügt wird und die Errichtungs- und Beseitigungskosten in keinem Verhältnis zum Retentionszweck stehen. Daß der Verkäufer selbst durch die Nichterhaltung des Kaufschillings erheblich geschädigt sein kann, ändert an diesem Ergebnisse nichts.

Wenn im gleichen Fall Verkäufer einen Zugangsweg auf der verkauften Parzelle aufgibt, der Käufer sich zur Herstellung eines anderen Weges verpflichtet, so darf der Verkäufer den alten Weg benützen, solange Käufer mit Herstellung des neuen im Verzug ist (so mit Recht Rehbein a. a. O.). Die Zulässigkeit der Retention ist zweifellos mit Planck l. c. hinsichtlich der Pflicht, eine Weggerechtigkeit an einem bestimmten Tag nicht auszuüben, anzunehmen, wenn die Gegenpartei ihrer Verpflichtung zuwider nicht den zugesagten Weg über ein anderes Grundstück gewährt.

Schollmeyer l. c. und wohl auch Rehbein scheinen anzunehmen, daß die Zurückhaltung von Unterlassungen dann stets ausgeschlossen sei, wenn eine einmalige Unterlassung in Frage steht, somit durch die Vornahme der zu unterlassenden Handlung die Erfüllung des Gegenanspruchs auf Unterlassung überhaupt unmöglich wird. Mit Rücksicht auf die oben dargestellten für die Beurteilung der Statthaftigkeit der Zurückhaltung maßgebenden Gesichtspunkte ist dieser Satz in seiner Allgemeinheit nicht richtig, die Zulässigkeit kann auch hier sehr wohl gegeben sein, wenn auch zuzugeben ist, daß sie in solchen Fällen besonders vorsichtig geprüft werden muß (Planck l. c.).

Schließlich möchte ich noch einiger bisher nirgends besprochener praktisch wichtiger Fälle aus dem Rechtsleben Erwähnung tun: Nicht selten enthalten Verträge des einen Bau errichtenden Grundeigentümers mit den von ihm hierzu beauftragten Bauhandwerkern die Klausel, daß die Erwirkung der Sicherungshypothek der Baugewerksleute ausgeschlossen sein soll; kann nun, falls der Bauunternehmer dem Handwerker die verabredeten Teilzahlungen nicht leistet, der letztere die Sicherungshypothek trotz der entgegenstehenden Vereinbarung vormerken lassen? Ich zweifele nicht daran; denn Zweck oder Wesen des Schuldverhältnisses steht nicht entgegen. Der Sicherung dient die Retention; nur ein Sicherungsmittel ist auch die Hypothekvormerkung, ihre Löschung ist bei Zahlung des Rückstandes ohne weiteren Schaden des Gegners jederzeit möglich; durch die Retention der Vormerkungsunterlassung wird kein anderer als der kraft Gesetzes (§ 648) als regelmäßig gewollte Zustand hergestellt. Natürlich darf die Vormerkung nur insoweit und insolange aufrecht erhalten werden, als die Gegenpartei im Leistungsverzug ist.

Von Bedeutung ist auch vorwürfige Frage für den häufigen Fall der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots. Ich habe das Beispiel im Auge, daß von zwei offenen Handelsgesellschaftern der eine das Geschäft übernimmt mit der Verpflichtung, den Anteil des ausscheidenden anderen in Raten oder nach Ablauf einer gewissen Frist herauszuzahlen, während dem letzteren gleichzeitig ein vertragsmäßiges, an sich zulässiges Konkurrenzverbot auferlegt ist. Darf bei Verzug des Ersteren der Letztere Konkurrenz machen? Die Natur des zwischen den Kontrahenten bestehenden gesamten Schuldverhältnisses scheint mir ein Hinderungsgrund nicht zu sein, denn der Gesellschaftsvertrag brauchte ja nicht ein Konkurrenzverbot zu enthalten. Dagegen dürfte die Betätigung der Konkurrenz durch den ausscheidenden Gesellschafter im Regelfall den Verbleibenden derartig wirtschaftlich schädigen, daß die Grundlagen seines Geschäftsbetriebs bedroht werden; dazu kommt, daß eine eigentliche Sicherung durch die Konkurrenzbetätigung für den Retinierenden ja nicht erzielt wird, oft nicht einmal ein eigener wirtschaftlicher Vorteil. Daher erachte ich die Zurückbehaltung, also die Nichtbeachtung der Konkurrenzklausel für ausgeschlossen, weil die Retention über den Zweck des § 273 in unbilliger Weise weit hinausgehen würde.

Durch das Wesen und das Ziel des Schuldverhältnisses (Gesellschaftsverhältnisses, das ganz besonders ein Treu-Verhältnis ist) wird das gesetzliche Verbot der Konkurrenzausübung (§ 112 HGB., § 705 BGB. und Staudinger Note VI b zu 705) von der Zurückbehaltung ausgenommen, wenn ein Gesellschafter mit Leistungen während der Dauer der Gesellschaft in Verzug geraten ist; gleiches gilt bezüglich des für Handlungsgehilfen im § 60 HGB. gegebenen Verbotes.

Die vorstehenden Ausführungen gelten gleichmäßig für die Anwendung des § 273 wie des § 320, da letzterer von ersterem sich nur dadurch unterscheidet, daß § 320 gegenseitige Verträge zur Voraussetzung hat (RG. 23. 3. 06, JW. 333) und die Einrede aus § 320 nicht durch Sicherheitsleistung beseitigt werden kann.

Einige Bemerkungen über das Erbschaftssteuergesetz vom 3. Juni 1906.

Von **Artur Gestering**, Bezirksamtsassessor in Lohr.

Die chronischen Finanznöte des Deutschen Reiches haben nach verschiedenen ohne wesentlichen Erfolg geendeten Versuchen zur Beschaffung neuer Mittel endlich im Laufe der letzten Reichstagssession zur Schaffung mehrerer neuer Steuergesetze geführt, von denen zu erwarten ist, daß sie zur Festigung des Reichshaushaltes in den nächsten Jahren erheblich beitragen. Für den Justizbeamten ist wohl das Reichsgesetz über die Einführung einer Erbschaftssteuer das wichtigste, und zwar sowohl mit Rücksicht auf die zur Besteuerung gelangenden Objekte, die ihre Grundlage in Vorgängen des Bürgerlichen Rechts haben, als auch mit Rücksicht auf verschiedene den Vollzug sichernde gesetzliche Vorschriften, welche eine Tätigkeit der Justizbehörden erheischen, insbesondere aber weil in Ansehung dieser Steuer die Gerichte unter Umständen zu entscheiden haben.

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wird wohl allgemein soviel bekannt sein, daß seine Tendenz von verschiedenen Seiten mit lebhafter Freude begrüßt wurde, daß aber gerade die Anhänger der Tendenz mit der endlichen Gestaltung des Gesetzes wenig zufrieden waren, da eine so große Wirkung in der gewünschten Richtung, wie sie erhofft war, nicht eintreten konnte. Insbesondere blieb die Höhe der Sätze weit hinter den Erwartungen zurück, außerdem blieben gewisse Verwandtschaftsklassen frei, durch deren Heranziehung gerade die größten Summen zur Besteuerung gelangt

wären. Von anderer Seite wurde vielleicht nicht mit Unrecht dem Erbschaftssteuergesetz eine kommunistische Absicht zugeschrieben, und es daher schon in seinen schwächsten Ansätzen lebhaft bekämpft. Es dürfte ja auch nicht zu verkennen sein, daß eine Erbschaftssteuer in ihrer äußersten Konsequenz, durchgeführt nach allen Seiten, nach welchen eine Durchführung möglich ist, zur teilweisen Depossedierung der künftigen Generationen führen müßte. Schließlich siegte, wie bei allen Steuergesetzen, jene mittlere Richtung, welche, ohne viel auf die rein politischen Absichten von Steuergesetzen Rücksicht zu nehmen, nur bezwecken wollte, dem Reiche eine neue Einnahmequelle zu verschaffen. Konsequente Steuergrundsätze wird man im Gegensatz zu den Steuergesetzen verschiedener Bundesstaaten, welche im verflossenen Jahrzehnt geschaffen wurden, in sämtlichen neuen Reichssteuergesetzen nicht entdecken können; man nahm die Steuern, wie sie sich fanden.

Das Erbschaftssteuergesetz schließt sich, soweit es vom Gegenstande der Erbschaftssteuer spricht, eng an den fünften Teil des BGB. an und verbreitet sich in 4 Paragraphen eingehend über alle Objekte, die der Besteuerung zu unterwerfen sind. Man kann diese Objekte dahin zusammenfassen, daß alles, was durch einen Todesfall erworben wird, und was als Ersatz eines Erwerbes, der von Todes wegen einzutreten hätte, bereits vor dem Todesfall den Besitzer wechselt, der Besteuerung unterliegt. Es unterliegen also auch alle Erwerbsarten, die nicht im fünften Teil des BGB., sondern zum Teil im vierten und in landesgesetzlichen Bestimmungen (Lehen und Fideikommißwesen) näher bezeichnet sind, der Besteuerung. Schließlich führt das Gesetz in einem besonderen Teile (den §§ 55 und 56) noch an, daß auch Schenkungen unter Lebenden zur Besteuerung zu gelangen haben. Man wird aus der Verweisung der Schenkungen unter Lebenden in einen besonderen Teil und aus dem Namen des Gesetzes schließen dürfen, daß deren Besteuerung nur erfolgt, um eine Umgehung des Gesetzes zu verhindern, daß sie aber nicht dem ursprünglich wohl doch vorhandenen System des Gesetzes entspricht.[1])

Die Steuerbefreiungen, welche das Gesetz vorsieht, und die Steuersätze regeln sich nach dem Grade der Verwandtschaft, der Hilfsbedürftigkeit des Erwerbers und der Größe des Erwerbes.

Mit dem im § 1922 BGB. niedergelegten Grundsatze, daß die Erbschaft ein Ganzes bildet, kommt das Erbschaftssteuergesetz infolge staatsrechtlicher Gesichtspunkte teilweise in Widerspruch. So bleibt, um nur eines herauszugreifen, im Auslande gelegener Grundbesitz eines inländischen Erwerbers steuerfrei. Schulden und Lasten, welche nur auf einem steuerfreien oder nur auf einem steuerpflichtigen Teile der Masse haften, kommen behufs Berechnung der Steuer bei dem Teile in Abzug, auf dem sie haften. Hieraus können sich wohl Unzuträglichkeiten ergeben. Eine Erbschaft fällt als Ganzes an; der im Auslande gelegene Grundbesitz ist überlastet, der inländische frei. Es muß nun von dem inländischen, lastenfreien Erwerbe die Steuer in voller Höhe erhoben werden, während die Belastung des im Auslande gelegenen Teiles bezüglich der Steuerhöhe keine Erleichterung herbeiführt; da die Erbschaft als Ganzes anfällt, erscheint die ganze Erbschaft vom Standpunkte der Billigkeit aus viel zu hoch zur Steuer herangezogen.

Daß der Erwerb für Kirchen und milde Stiftungen verhältnismäßig günstig behandelt wird, ist eine Bestimmung, die dem Zuge der Zeit entspricht. Auch der land- und forstwirtschaftliche Grundbesitz genießt einige Erleichterungen, welche als Schutz gegen seine Mobilisierung nur zu begrüßen sind.

Daß das Gesetz entsprechende Vorkehrungen für den Eingang der Steuer geschaffen hat, ist selbstverständlich. So haften gesetzliche Vertreter und Bevollmächtigte der Steuerpflichtigen, Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger (Nachlaßverwalter) und Verwalter von Familienstiftungen persönlich für die Steuer, wenn sie die Erbschaft, einzelne Erbteile, Vermächtnisse, Schenkungen, Bezüge aus Familienstiftungen usw. vor der Berichtigung oder Sicherstellung der darauf entfallenden Erbschaftssteuer ausantworten, und die Beitreibung vom Steuerpflichtigen nicht erfolgen kann. Dagegen hat das Gesetz eine Haftung des Nachlaßrichters, wonach er vor der Herausgabe bestimmter Vermögensteile sich erst über die Zahlung der darauf entfallenden Steuer vergewissern müßte, nicht eingeführt. Es darf sonach z. B. nach dem Reichsgesetze die Aufhebung von Sicherungsmaßregeln nicht von der Regelung der Erbschaftssteuer abhängig gemacht werden, ebensowenig natürlich die Ausstellung eines Erbscheins oder die Bestätigung eines gerichtlichen Teilungsplans (§ 91 Abs. 2 FGG.).

Bezüglich der Erbschaftssteuererklärung, zu der in erster Reihe der Erwerber verpflichtet ist, ist die Mitwirkung verschiedener Behörden insbesondere auch der Gerichte und Notare vorgesehen. So haben die Gerichte gewissermaßen eine ähnliche Aufgabe zu erfüllen wie die Standesämter, die von den Todesfällen Mitteilung zu machen haben. Sie haben nämlich von den ergangenen Todeserklärungen die Mitteilung an die Erbschaftssteuerämter zu machen und zwar alsbald nach der Todeserklärung, ohne den Ablauf der in § 976 ZPO. bestimmten Frist abzuwarten.[1]) Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben die

[1]) Vgl. hierzu § 21 Abs. 1 der Vollzugsvorschriften (GVBl. S. 518), wonach die Rentämter besonders darauf zu achten haben, daß die Steuerpflicht nicht dadurch umgangen wird, daß die Schenkung in die Form eines lästigen Vertrags gekleidet wird.

[1]) Vgl. § 7 der Vollzugsvorschriften.

Gerichte und Notare von den von ihnen beurkundeten Schenkungen und den von ihnen eröffneten Verfügungen von Todes wegen Anzeige zu erstatten und zugleich sonstige für die Erbschaftssteuer wichtige Umstände mitzuteilen.[1] Ferner haben die Gerichte neben anderen Behörden von den zu ihrer Kenntnis gelangenden Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des Gesetzes Mitteilung zu machen. Auf Verlangen müssen die Gerichte und Notariate den Erbschaftssteuerämtern die Einsicht in die den Nachlaß betreffenden Akten gestatten. Die Verwaltungsbehörden haben neben der Anzeige von den zu ihrer Kenntnis gelangenden Zuwiderhandlungen insbesondere die Aufgabe als Aufsichtsbehörde der Standesämter, die Erbschaftssteuerämter in ihrem Verkehr mit ersteren zu unterstützen.

Das Strafverfahren ist analog dem Zoll-Strafverfahren geregelt. Die festgesetzten Geldstrafen fallen den Kassen der Einzelstaaten anheim. Umwandlung der Geldstrafen in Freiheitsstrafen findet nicht statt. Als besonders wesentlich verdient noch erwähnt zu werden, daß in Ansehung der nach den Vorschriften des Gesetzes zu entrichtenden Steuern auch nach der Erschöpfung des Instanzenzuges der Finanzbehörden der Rechtsweg zulässig ist. Zuständig sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich die Landgerichte, sowie für Revisionen und Beschwerden gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte das Reichsgericht. Die Frist beginnt mit der Zahlung oder Stundung der Steuer und läuft 6 Monate (die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 BGB. finden auf den Lauf der Frist entsprechende Anwendung). Für die Berechnung der Fristen des Gesetzes sind die Vorschriften der ZPO. maßgebend. Die Vorschrift über die Zulässigkeit des Rechtsweges deckt sich beinahe genau mit der des § 43 des RStempG. in der Fassung vom 14. Juni 1900 und es treten sinngemäß beim Rechtsweg nach dem Erbschaftssteuergesetz ständig die Zivilkammern an die Stelle der Kammern für Handelssachen. Aehnliche Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtsweges finden sich übrigens noch in verschiedenen anderen Reichsgesetzen z. B. Reichsbankgesetz, Reichsgesetz über Gesellschaften m. b. H., Reblausgesetz 2c.

Das außerordentlich schnelle Inkrafttreten des Erbschaftssteuergesetzes sowie der anderen gleichzeitig mit ihm erlassenen Steuergesetze muß natürlich im Anfang zu Reibungen führen. Am 1. Juli lfd. Js. ist das Gesetz in Kraft getreten; im Zentralblatt für das Deutsche Reich vom 26. Juni erschienen die Ausführungsbestimmungen des Bundesrats; den bayer. Standesämtern wurden sie erst durch das am 9. Juli herausgegebene Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt. Die Bayerischen Ausführungsbestimmungen sind erst am 11. August 1906 erschienen.

Nach § 2 der AusfBest. haben die Standesämter über sämtliche von ihnen im Laufe eines Monats beurkundeten Sterbefälle in den ersten zehn Tagen des nächsten Monats sogenannte Totenlisten einzusenden.[1] Wohl von den wenigsten bayer. Standesämtern mögen am 10. August 1906 den zuständigen Erbschaftssteuerämtern Totenlisten vorgelegen haben. Auch gar manche Verfügung von Todes wegen oder beurkundete Schenkung wird noch der Mitteilung an das Erbschaftssteueramt harren. Damit nicht durch Ansammlung von Rückständen sich Erschwerungen ergeben, wird es für alle beim Vollzug des Gesetzes Beteiligten nötig sein, sich baldigst in seine Bestimmungen einzuarbeiten.

Mitteilungen aus der Praxis.

Umwandlung mehrerer Hypotheken in eine sog. Einheitshypothek? Der unter dieser Ueberschrift in Nr. 15, 16 der BayZfR. veröffentlichte Beschluß des bayer. Obersten Landgerichtes vom 5. Juli 1906 verneint die rechtliche Zulässigkeit der Zusammenlegung mehrerer Hypotheken eines Gläubigers zu einer sog. „Einheitshypothek".

Dieser Beschluß gibt in praktischer und rechtlicher Hinsicht zu Bedenken Anlaß. Er droht eine Transaktion zu unterbinden, welche im Immobiliarverkehr als Bedürfnis empfunden wird. Die Bildung von „Einheitshypotheken" vereinfacht wesentlich den Geschäftsbetrieb hauptsächlich der großen Hypothekenbanken. Aber auch dem Grundstückseigentümer erleichtert die „Einheitshypothek" die Kreditbeschaffung; denn bei der Beleihung eines Immobile pflegt ein großer Prozentsatz der Kapitalisten — mag man darüber sagen, was man will — neben dem Vorgange der ihnen offerierten Hypothek über Gebühr auch deren Rang in Erwägung zu ziehen.

Rechtlich dürfte gegen den Beschluß folgendes ins Feld zu führen sein:

In den Entscheidungsgründen heißt es, die Vereinigung mehrerer Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek sei im BGB. nicht vorgesehen, weil sie für den Bereich des Grundbuchrechtes keinen sachlichen Zweck habe. Ich kann diesen Satz nur dahin verstehen, daß die „Einheitshypothek", sollte sie rechtlich zulässig sein, im BGB. sanktioniert sein müßte. Dieser Schluß scheint mir nicht Stich zu halten. Die Zusammenlegung mehrerer Hypotheken eines Gläubigers in eine Hypothek enthält eine Verfügung über die Hypothek. Der Gesetzgeber nun wollte und konnte es nicht unternehmen, alle rechtlich möglichen Verfügungen über Sachen oder Rechte im BGB. einzeln festzulegen. Er ließ es sich vielfach genügen, diejenigen Verfügungen zu normieren, welche rechtlich unwirksam sein sollten.

Speziell in Ansehung der Hypothek greife ich, als

[1] Vgl. die §§ 6, 20 der Vollzugsvorschriften und die Notiz auf S. 368 dieser Nummer.

[1] Vgl. § 5 der Vollzugsvorschriften.

für die konkrete Frage besonders erheblich, den § 1151 BGB. heraus.

„Wird die Forderung geteilt, so ist zur „Aenderung des Rangverhältnisses der Teil-„hypotheken untereinander die Zustimmung des „Eigentümers nicht erforderlich."

Bei dieser Bestimmung knüpft der Gesetzgeber an eine Verfügung über die Hypothek an, welche das Widerspiel zur Zusammenlegung mehrerer Hypotheken in eine Hypothek bildet, nämlich an die Zerlegung einer Hypothek in mehrere Teile. Er setzt die Möglichkeit einer solchen Verfügung als selbstverständlich voraus, auch ohne daß sie im Gesetze besonders vorgesehen ist, und erwähnt sie nur wegen der daran geknüpften Bestimmung, daß zu einer mit solcher Teilung verbundenen Rangänderung die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich sei.

Ist aber die Zerlegung einer Hypothek in mehrere Teile ohne weiteres angängig, warum sollte dem Gläubiger nicht auch die Zusammenlegung mehrerer Hypotheken in eine „Einheitshypothek" gestattet sein?

Die Entscheidungsgründe führen aus, daß die Bildung der „Einheitshypothek" die Löschung der zusammenzulegenden Hypotheken erheische, daß aber der Antrag, eine Hypothek zu löschen, welche tatsächlich fortbestehen soll, einen inneren Widerspruch enthalte.

Gewiß! Jedoch handelt es sich im gegebenen Falle wirklich um eine Löschung nach § 875 BGB., wie die Entscheidungsgründe annehmen? Ich glaube nicht. Die sog. „Löschung", welche die Beseitigung der durch die Eintragung der „Einheitshypothek" gegenstandslos gewordenen Hypothekeinträge zum Zwecke hat, ist keine Löschung, welche die Aufhebung des Hypothekrechts voraussetzt. Es handelt sich bei dieser sog. „Löschung" tatsächlich um weiter nichts, als um eine Eintragung zur Berichtigung des Grundbuches, welches zufolge des Vortrages der „Einheitshypothek", wenn auch die älteren Hypothekeinträge belassen würden, unrichtig wäre. Diese sog. „Löschung" fällt unter den weiten Begriff der „Eintragungen in das Grundbuch" im Sinne des zweiten Abschnittes der Grundbuchordnung.

Mag immerhin in bequemer, wenn auch vielleicht nicht ganz präziser Ausdrucksweise der Berichtigungsantrag von einer „Löschung aus formellen Gründen" sprechen; der § 133 BGB. wird dem Grundbuchrichter gefahrlos über diese Klippe hinweghelfen.

Notar Schmidt in München.

Zur Behandlung des unwirksamen Prozeßvergleichs. Eine in diesen Blättern vor kurzer Zeit mitgeteilte Entscheidung (vgl. Nr. 14 S. 290) hat eine schon ziemlich alte Streitfrage berührt, die in den folgenden Zeilen etwas näher beleuchtet werden soll, nämlich die Frage: Was ist Rechtens und wie ist zu verfahren, wenn ein im Prozeß geschlossener Vergleich nachträglich von einer Partei wieder als nichtig angegriffen wird?

Schon der Ausgangspunkt dieser Untersuchung nötigt uns, zu einer strittigen Frage Stellung zu nehmen, ob nämlich der Prozeßvergleich ein Rechtsgeschäft eigener Art sei, oder unter den vom bürgerlichen Recht aufgestellten Vergleichsbegriff falle. Beide Ansichten haben bedeutende Vertreter; der ersteren schließen sich z. B. an Kohler (in Busch Zeitschr. Bd. 29 S. 44 ff.), Staudinger in Vorbem. II zu § 779, der letzteren folgen Planck Vorbem. II zu § 779, auch Seuffert, Petersen-Anger und Gaupp-Stein in ihren Kommentaren zur ZPO. bei § 794. Wir folgen der zweiten Ansicht, da auch das Reichsgericht sich dahin ausgesprochen hat, daß der Vergleich keine Prozeßhandlung, sondern ein rein nach bürgerlichem Recht zu beurteilendes Rechtsgeschäft sei.

Tatsächlich hat dieser Gegensatz für das Thema selbst keine große Bedeutung, aber die hier eben entwickelte Auffassung ermöglicht es, ohne weitere Schwierigkeit die beiden Fälle gleich zu behandeln, daß der Vergleich vor Gericht selbst abgeschlossen wird, und daß die Parteien oder ihre Vertreter vor Gericht lediglich erklären, daß die Sache durch Vergleich erledigt sei. Denn diese Erklärung wird von der Nichtigkeit des Vergleichs nach § 139 BGB. jedenfalls mitumfaßt.

Mit aller Bestimmtheit hat sich das Reichsgericht in einem Beschlusse des 2. Senates vom 14. Juni 1895 (JW. 1895 S. 359) dahin geäußert, daß durch einen gerichtlichen Vergleich, der den ganzen Rechtsstreit umfasse, der Rechtsstreit wie durch Urteil erledigt werde, daß eine Fortsetzung nicht möglich sei, daß das Gericht weitere Anträge nicht entgegennehmen dürfe und jedes fernere Verfahren unzulässig sei. Mit diesen Worten wird der Vergleich geradezu zu einem noli me tangere. Ein Rechtsmittel gibt es nicht, von vorneherein wird ihm die volle Macht der res indicata zugesprochen. Die Theorie hat sich dagegen aufgelehnt. Gaupp-Stein Bd. II S. 508 bestreitet z. B., daß die Rechtskraft auf den Vergleich ausgedehnt werden könne, Kohler a. a. O. spricht gegen die Gleichstellung von Urteil und Vergleich, der ersteres nicht ersetze, sondern verdränge. Der I. ZS. des RG. selbst ist mit seinem Beschlusse vom 12. Juli 1905 (Seufferts Archiv Bd. 61 Nr. 94) dieser Anschauung nicht mehr rückhaltlos beigetreten, indem er aussprach, der Vergleich habe nicht Urteilsnatur, sondern beruhe auf einem Vertrag. Diese Anschauung, die an die obenerwähnte Entscheidung erinnert, liefert in Anknüpfung an diese ein Mittel zur Widerlegung und den Schlüssel zu einer Lösung.

Der Vergleich ist keine Prozeßfunktion oder, um einen deutschen Ausdruck zu gebrauchen, keine Lebensäußerung des sich regelrecht entwickelnden Streitverfahrens, er steht mit Wesen und Art des Rechtsstreites in direktem Widerspruch und entzieht ihm seine Grundlage. Der Prozeß endet nicht im Vergleich, sondern er wird dadurch abgeschnitten. Die Rechtskraft ist ein Institut des Prozeßrechtes, bestimmt, die Urteilssatzung dem widerstreitenden Willen einer oder beider Parteien gegenüber durchzusetzen; es wäre wohl überflüssig, diese Macht dem Vertrage, also einer Willenseinigung der Parteien zu verleihen, auch würde es mit dem Begriffe der Rechtskraft nicht in Einklang stehen, daß die Vertragsteile jederzeit durch eine neue Abmachung die frühere Vereinbarung aus der Welt schaffen können. Wenn wir dem Vergleich eine Rechtskraft nicht zuerkennen, so ist ohne weiteres klar, daß im Falle der Nichtigkeit einem weiteren Verfahren nicht die Einrede der Rechtskraft entgegensteht, ein solches daher zulässig ist.

Nun ergibt sich aber die wichtige Frage nach der Gestaltung dieses weiteren Verfahrens: ist dies eine einfache Fortsetzung oder Fortsetzung nach einer Vorentscheidung? Das Reichsgericht schließt sich in dem erwähnten Beschlusse vom 12. Juli 1905 der 2. Alternative an und führt aus: Es bedürfe eines vor-

gängigen Verfahrens, denn der im Protokoll festgestellten Tatsache des Vergleichs stünden nur illiquide Behauptungen einer Partei gegenüber und es könnte sonst vorkommen, daß eine Verhandlung zugelassen würde, wenn der Rechtsstreit bereits durch einen gültigen Vergleich erledigt sei.

Dabei ist noch bemerkt, daß nach Lage des Falles keine Veranlassung gegeben sei, die Frage zu prüfen, wie es zu halten sei, wenn die Nichtigkeit des Vergleichs von vorneherein feststände.

Allein diese beiden Fälle sind kaum zu trennen. Die Nichtigkeit des Vergleichs ist eine natürlich auf Grund von Tatsachen zu prüfende Rechtsfrage, die eben richterlich zu entscheiden ist, in diesem Sinne ist sie schließlich immer eine illiquide Parteibehauptung. Auch dürfte es kaum angehen, die Art des Verfahrens von dem Inhalt der Entscheidung abhängig zu machen. Dem angeführten Grunde, daß bei einfacher Fortsetzung des Verfahrens unter Umständen eine unstatthafte Verhandlung zugelassen würde, läßt sich der wohl ebenso schwerwiegende Einwand entgegensetzen, daß sich im Falle eines vorgängigen Verfahrens unter Umständen ein unzulässiger Prozeß entwickelt.

Wenn sich in diesem vorgängigen Verfahren die Unwirksamkeit des Vergleichs ergibt, dann steht zugleich auch fest, daß die Rechtshängigkeit des Prozesses eben nicht erloschen ist. Ja sobald eine Partei Klage auf Feststellung der Nichtigkeit erheben würde, müßte sie sich nach ihrem eigenen Vorbringen sofort die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensetzen lassen. Wenn sie dann auf das andere Verfahren zurückgreifen will, kann ein findiger Parteivertreter mit Berufung auf das Reichsgericht wieder ein vorgängiges Verfahren verlangen, das wäre eine jedenfalls sehr verwickelte Lage, wenn nicht gar eine Sackgasse.

Falls also die Unwirksamkeit des Vergleichs festgestellt würde, ergäben sich 2 Prozesse nebeneinander, entgegen den Regeln der Rechtshängigkeit, im anderen Falle liegt eine Vorentscheidung überhaupt nicht vor, denn die Feststellung, daß der bestrittene Vergleich zu Recht besteht, ist bereits die endgültige Sachentscheidung.

Für die Fälle des anfechtbaren Vergleichs, der ja bei berechtigter Anfechtung einem von Anfang an nichtigen gleichsteht, ist nach dem oben Ausgeführten davon auszugehen, daß nur die Regeln des bürgerlichen Rechtes maßgebend sind. Darnach erfolgt die Anfechtung durch Erklärung (§ 143 BGB.), nur in wenigen Fällen in bestimmter Form oder durch Klage. Wenn nun aber für den Prozeßvergleich die Geltendmachung der durch Anfechtung herbeigeführten Nichtigkeit von Erhebung einer Feststellungsklage abhängig gemacht würde, so wäre das ein Verlangen, das sich nicht auf Vorschriften des bürgerlichen Rechtes stützen könnte, auch von keiner Regel des Prozeßrechtes gerechtfertigt wird, der Sache nach wäre es eine verhüllte Anfechtungsklage, die aber vom BGB. nicht erfordert wäre, daher auch im Prozeß nicht nötig ist.

Aus den angeführten Gründen dürfte man sich für das Verfahren des OLG. Zweibrücken zu entscheiden und einer einfachen Fortsetzung des Verfahrens zuzustimmen haben.

Rechtspraktikant Horchler in Kempten.

Das militärische Vergehen der Fahnenflucht und der bayerisch-amerikanische Staatsvertrag vom 26. Mai 1868. Folgender Fall war zu entscheiden: Der am 2. Januar 1871 in Bayern geborene N. N. wurde am 24. Oktober 1892 in ein bayerisches Regiment zur Erfüllung seiner gesetzlichen Dienstpflicht eingestellt, jedoch am 13. Dezember 1892 gemäß § 16 Ziff. 1 HO. wegen vor der Einstellung verübter strafbarer Handlungen durch Generalkommando-Verfügung wieder zur Disposition der Ersatzbehörden entlassen. Er begab sich sofort ohne Genehmigung zur Auswanderung nach Nordamerika, erwarb dort das amerikanische Staatsbürgerrecht und hält sich bis jetzt dort auf, sodaß eine Wiedereinrufung zum aktiven Heeresdienst ausgeschlossen war. Seine Anfrage, ob er straflos nach Deutschland zurückkehren könne, veranlaßte die Erörterung der Frage der Geltung des bayerisch-amerikanischen Staatsvertrags vom 26. Mai 1868 für das militärische Vergehen der Fahnenflucht. Die Entscheidung dürfte in verneinendem Sinne zu lauten haben.

N. N. gehörte nach seiner Wiederentlassung aus dem aktiven Dienste zur Disposition der Ersatzbehörden gemäß § 54, 56 Ziff. 3 RMG. vom 2. Mai 1874 (RGBl. 1874 S. 60) zu den Mannschaften des Beurlaubtenstandes. Nach § 60 Ziff. 3 des RMG. sind diese Mannschaften (§ 56 Ziff. 3 a. O.) den militärstrafgesetzlichen Bestimmungen des MStGB. vom 20. Juni 1872 über unerlaubte Entfernung und Fahnenflucht unterworfen in gleicher Weise wie die Personen des aktiven Dienststandes. Nach § 76 MStGB. beginnt die Verjährung der — hier anzunehmenden — Fahnenflucht mit dem Tage, an welchem der Fahnenflüchtige seine gesetzliche Verpflichtung zum Dienste erfüllt haben würde, wenn er nicht fahnenflüchtig geworden wäre. Diese Dienstpflicht erstreckt sich nach Artikel 1 des Gesetzes vom 15. April 1905 „betr. Aenderung der Wehrpflicht“ — Anhang zur Wehrordnung S. 422 — bis zum 31. März des Kalenderjahres, in welchem das 39. Lebensjahr vollendet wird. Die zu diesem Zeitpunkte beginnende, nach § 67 Absatz 2 StGB. mit § 2 MStGB. fünf Jahre betragende Verjährungsfrist läuft daher bis zum 31. März des Kalenderjahres, in welchem das 44. Lebensjahr vollendet wird. Da N. N. am 2. Januar 1871 geboren ist, würde die Strafverfolgung am 1. April 1915 verjähren, falls nicht die Verjährung durch richterliche Handlungen unterbrochen wird.

Der Strafverfolgung stehen die Bestimmungen des bayerisch-amerikanischen Staatsvertrages vom 26. Mai 1868 nicht entgegen. Nach Artikel II dieses Staatsvertrags soll ein naturalisierter Angehöriger des einen Vertragsteils bei etwaiger Rückkehr in das Gebiet des anderen Teils wegen einer nach den Gesetzen des letzteren mit Strafe bedrohten Handlung, welche er vor seiner Auswanderung begangen hat, in Untersuchung und Strafe gezogen werden können, sofern nicht nach den bezüglichen Gesetzen seines ursprünglichen Vaterlandes Verjährung oder sonstige Straflosigkeit eingetreten ist. Letzteres ist, wie oben ausgeführt, hier nicht anzunehmen. Art. II des Protokolls zu obenbezeichnetem Staatsvertrage bestimmt dann weiter, daß wegen einer etwa durch die Auswanderung selbst begangenen strafbaren Handlung keine Bestrafung erfolgen kann. Zu den durch die Auswanderung begangenen Handlungen zählt aber das militärische Vergehen der Fahnenflucht im all-

gemeinen nicht. Unter besonderen örtlichen Verhältnissen, z. B. in Seestädten mit Auswanderungsstationen, mag vielleicht die Fahnenflucht mit der Auswanderung zuweilen begrifflich zusammentreffen; in Binnenländern aber ist die Fahnenflucht schon vor der Auswanderung, d. i. dem Verlassen des deutschen Reichsgebiets, vollendet. Lediglich auf diese unerlaubte Auswanderung bezieht sich der bayerisch-amerikanische Staatsvertrag vom 26. Mai 1868, nur das gemeinstrafrechtliche Vergehen des unerlaubten Verlassens des Bundesgebiets in der Absicht, sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen — § 140 Ziffer 1 StGB. — kann nach diesem Vertrage straflos bleiben, nicht das militärische Vergehen der Fahnenflucht oder der unerlaubten Entfernung — §§ 64, 69, 70 MStGB. Der Unterschied dieses gemeinstrafrechtlichen und des militärischen Vergehens liegt in dem Begriffe der Wehrpflicht einerseits und der Dienstpflicht anderseits, der Entziehung aus der Verpflichtung zu der immerhin noch nicht unzweifelhaft feststehenden künftigen Dienstleistung gegenüber dem bereits eingetretenen und bestehenden militärischen Dienstverhältnisse. Der auch aus dem Wortlaut des Staatsvertrags sich ergebende Grundsatz beruht auf der Erwägung, daß durch Naturalisation und Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit die Pflicht zum nachträglichen Eintritt in den Heeresdienst des andern Staates und die Bestrafung wegen Verletzung der früheren Wehrpflicht ausgeschlossen sein soll. Diese Straflosigkeit kann aber nicht eintreten, wenn hierdurch die eigenmächtige Befreiung von der bereits übernommenen gesetzlichen Dienstpflicht, sohin die Desertion bayerischer Personen des Soldatenstandes nach Amerika vor anderen Reaten privilegiert würde. Die endgültige Zuteilung zum Heere oder der Flotte begründet schwerer wiegende Pflichten als das Verhältnis des noch nicht ausgehobenen Wehrpflichtigen; auf ihr beruht die Erhaltung der Schlagfertigkeit und des Bestandes der Armee. Diese zu schädigen kann die Absicht eines Staatsvertrages nimmermehr gewesen sein. In diesem Sinne spricht sich auch ein Erkenntnis des vormaligen bayerischen Generalauditoriats i. S. Danner vom 5. April 1873 aus. Die Tragweite des Staatsvertrags in militärischer Beziehung konnte um so weniger unterschätzt werden, als gleiche Verträge auch mit anderen deutschen Staaten — Preußen, Württemberg, Baden, Hessen — in dem gleichen Jahre abgeschlossen wurden, also zu einer Zeit, als vorausgegangene Kriege und die Gefahr eines künftigen Feldzuges gegen Frankreich die Erhaltung der militärischen Vollkraft als unabweisbare Notwendigkeit erkennen ließen. Die im Kommentar von Koppmann-Weigel zu § 76 MStGB. — Note 8 Absatz 2, S. 280 — zur Begründung der Straflosigkeit der von Mannschaften des Beurlaubtenstandes durch unerlaubte Auswanderung verübten Fahnenflucht angeführten Entscheidungen — Entsch. des Reichsgerichts Bd. 28 S. 24 u. 127, Bd. 29, S. 395, Bd. 30 S. 297, Bd. 33 S. 212, Bd. 34 S. 408, ferner des bayer. obersten Gerichtshofs Bd. 7 S. 221 und des Oberlandesgerichts München Bd. 5 S. 250 — beziehen sich nur auf die Wehrpflicht im Sinne des § 140 StGB., nicht aber auf die Erfüllung der Dienstpflicht. Fahnenflucht oder unerlaubte Entfernung fällt aber, wie oben erwähnt, durchaus nicht zeitlich und örtlich mit der unerlaubten Auswanderung zusammen. Bei einem Manne des Beurlaubtenstandes ist das militärische Vergehen der Fahnenflucht vollendet, wenn er sich, in der Absicht, sich der gesetzlichen Verpflichtung zum Dienste dauernd zu entziehen, aus dem Machtbereiche seiner Dienststelle (Bezirkskommando) entfernt. So z. B. Entsch. des Reichsmilitärgerichts Bd. 2 S. 4 Abs. 4 und 5, S. 119, S. 286. Aus der Tatsache aber, daß selbst bei beabsichtigter Auswanderung die Fahnenflucht schon vor Beginn der Auswanderung vollendet sein kann, ergibt sich der selbständige, von dem gemeinstrafrechtlichen Vergehen gegen § 14 StGB. unabhängige Charakter des Militärvergehens nach §§ 64, 69, 70 MStGB. und hiermit die Unanwendbarkeit des bayerisch-amerikanischen Staatsvertrages vom 26. Mai 1868 auf das militärische Vergehen der Fahnenflucht. — Auf diesen Standpunkt stellte sich auch das bayer. Kriegsministerium mit Erlaß Nr. 10135/76.

Kriegsgerichtsrat Endres in Würzburg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Kann der Motorführer einer elektrischen Straßenbahn als „Betriebsaufseher" im Sinne der §§ 135, 136 des GewUVG. angesehen werden? Aus den Gründen: Der im GewUVG. gebrauchte Ausdruck „Bevollmächtigte oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeitsaufseher" stimmt zwar nicht wörtlich mit der Ausdrucksweise des § 2 des HaftpflG. vom 7. Juni 1871 überein. Das UVG. vom 6. Juli 1884, das in §§ 95—97 Bestimmungen traf, die sachlich mit den §§ 135, 136, 138, 139 des jetzt geltenden GewUVG. übereinstimmen, bezweckte aber, dem Unternehmer die unbedingte Haftung für das Verschulden der in § 2 des HaftpflG. genannten Personen abzunehmen und die letzeren hinsichtlich ihrer Haftung dem Betriebsunternehmer gleichzustellen. Deshalb wurde eine Fassung gewählt, die von der des § 2 des HaftpflG. nur redaktionell abweicht. Daher ist die Auslegung des § 2 auch bei den hier in Betracht kommenden Vorschriften des GewUVG. zu beachten, insbesondere was den Begriff des Betriebsleiters ausmacht. Danach ist ein Betriebsleiter zwar nicht ein gewöhnlicher Arbeiter, anderseits ist Betriebsleiter nicht nur eine Person, die den ganzen Betrieb zu beaufsichtigen hat. Die Uebertragung einer Art von Herrschaft über andere Arbeiter ist nicht erforderlich, während es anderseits nicht entscheidend ist, ob die Aufsicht ganz unbeschränkt oder bei Unterordnung unter einen Vorgesetzten auszuüben ist. Eine Person, die nur den Weisungen eines andern zu folgen hat, wird freilich nicht als Betriebsaufseher betrachtet werden dürfen, vielmehr wird das nur in Ansehung einer Person zulässig sein, die eine gewisse Selbständigkeit besitzt; aber in dieser Beziehung genügt es, wenn sie mit Verrichtungen betraut ist, die darauf abzielen, den Gang des Betriebs oder seine Sicherheit zu gewährleisten. (Es wird nun unter Bezugnahme auf die Dienstanweisung des fraglichen Motorführers festgestellt, daß dieser — obwohl der Schaffner während der Fahrt sein Vorgesetzter war — doch zu selbständigem Handeln berufen und insbesondere im Falle des Eintrittes einer Betriebsstörung hauptsächlich auf sich selbst angewiesen war. Er sei daher als Betriebsaufseher anzusehen). (Urt. des IV. ZS. vom 21. Mai 1906.) — — — n.

II.

Zu § 1573 BGB. Im Juni 1903 hatte der Ehemann Ehescheidungsklage gestellt, die Klage jedoch wieder zurückgezogen und sich mit seiner Gattin ausgesöhnt. Ende 1903 erhob der Ehemann neuerlich Ehescheidungsklage, gegründet auf § 1568 BGB. Die Klage wurde vom Berufungsgericht abgewiesen, das Berufungsurteil vom RG. aufgehoben und Zurückverweisung angeordnet.

Aus den Gründen: § 1573 BGB. ist verletzt. Das Berufungsgericht nimmt an, daß Ende 1903 eine Versöhnung stattgefunden habe und alle bisherigen Ereignisse verziehen seien. Dann heißt es weiter: „Die Klage ist nur begründet, wenn der Kläger nachweist, daß die Beklagte noch nach Ende 1903 in einer den Tatbestand des § 1568 BGB. erfüllenden Weise gegen die ehelichen Pflichten verstoßen habe; nur dann könnten auch die angeblichen früheren Vorkommnisse nach § 1573 BGB. zur Unterstützung geltend gemacht werden." Diese Ausführungen beruhen auf irriger Auslegung des § 1573 BGB. Dort ist bestimmt, daß Tatsachen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gestützt werden kann (wegen Verzeihung oder Zeitablaufs) zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden können. Hiernach ist § 1573 für den Fall gegeben, daß die neuen Tatsachen — weder jede allein noch alle zusammen — nicht ausreichen, den Tatbestand einer Scheidungsklage zu erfüllen, daß sie aber einen solchen abgeben würden, wenn sie im Zusammenhalte mit den früheren zur selbständigen Begründung der Klage nicht mehr geeigneten Vorgängen betrachtet werden. Irrig ist die Annahme des Berufungsgerichts, es müßten die nicht ausgeschlossenen Tatsachen schon allein ehezerrüttende Verfehlungen sein. Anders wäre es, wenn die neuen Tatsachen ganz unbedeutende Vorgänge wären, die sich unter keinen Umständen verwerten ließen. Dann läge eben nichts vor, also auch nicht etwas, das durch Heranziehung früherer Tatsachen ergänzt werden könnte (Urt. des IV. ZS. vom 15. März 1906). ——n.

564

III.

Zum Begriffe der Ausstattung (§ 1624 BGB.).

Aus den Gründen: Für das Verständnis des Begriffs der Ausstattung in § 1624 BGB. ist ein Zurückgehen auf die geschichtliche Entwicklung nicht von unmittelbarer Bedeutung. Mag auch der 1. Entwurf (§ 1500 und Mot. hierzu IV 718 9, V 762) sich an bestehende Kodifikationen angeschlossen haben, so steht doch das Gesetz auf selbständigem Boden. Abweichend vom 1. Entwurf ist nicht nur der Begriff der Aussteuer ausgesondert und insoweit nicht bloß eine sittliche sondern eine rechtliche Pflicht anerkannt, sondern es sind auch die Gegenstände der Ausstattung im § 1624 wesentlich neu gestaltet und erweitert. Als Gegenstand der Ausstattung ist nicht bloß die im Wege der Verfügung erfolgte unmittelbare Gewährung des Ausstattungsguts, sondern auch das obligatorische Versprechen der Gewährung zu verstehen. Das entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauche des BGB. und ist in § 1465 Abs. 1 und 2 anerkannt. Irrig ist die Annahme der Beklagten, daß es sich bei der Ausstattung immer nur um die einmalige, bei der Verheiratung oder der Begründung der selbständigen Lebensstellung zur ersten Einrichtung erfolgende Zuwendung handeln könne und daß nachträgliche Zuwendungen regelmäßig gewöhnliche Schenkungen seien. Da das Gesetz den Begriff der Ausstattung dahin erweitert hat, daß dazu auch Zuwendungen gehören, die zur Erhaltung der Wirtschaft oder selbständigen Lebensstellung geschehen, müssen darunter auch Zuwendungen verstanden werden, die während des Bestehens der Ehe oder nach Begründung der Lebensstellung zur Fortführung der Wirtschaft versprochen oder gewährt werden (vgl. zudem insbesondere §§ 1477 Abs. 2, 1551 Abs. 1 BGB.). Die Ausführung der Revision, es sei aus § 2050 BGB. zu entnehmen, daß laufende Zuschüsse, die während der Ehe oder nach Begründung der selbständigen Lebensstellung als Beiträge zu den Einkünften gewährt würden, niemals zur Ausstattung zu rechnen seien, ist unzutreffend. Wenn man auch die Auslegung nicht ohne weiteres billigen wollte, die der Berufungsrichter (im Anschluß an Gruchot 41 S. 629) dem Abs. 2 des § 2050 im Verhältnisse zu Abs. 1 gibt, daß nämlich die im Abs. 2 bezeichneten Zuschüsse eine besondere Art der Ausstattung darstellen, sondern anerkennen wollte, daß im § 2050 „Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe" (Abs. 2), von dem, was Abkömmlingen als „Ausstattung" gegeben wird (Abs. 1), unterschieden werden können, so folgt daraus doch nur, daß nicht alles, was die Eltern den Kindern an regelmäßigen Zuschüssen zuwenden, notwendig zur Ausstattung gehört. Es kommt vielmehr darauf an, ob es die Absicht der Eltern war, Zuwendungen zur Erhaltung der Wirtschaft oder Lebensstellung zu machen, oder ob sie die Zuwendung aus reiner Liberalität zu irgend welchen Zwecken machen wollten. (Urt. des IV. ZS. vom 3. Mai 1906.) ———n.

696

IV.

Zum Namensrechte (§ 12 BGB.). Eine Zeitung brachte öfters Bildchen, die eine Person darstellten, welche in das Lesen der Zeitung vertieft ist, auf die Umgebung nicht acht gibt und dadurch in komische Lagen gerät. Die Person wurde als „Professor N." bezeichnet. Ein Professor N. fühlte sich dadurch verletzt und beantragte eine einstweilige Verfügung, durch die der Gebrauch seines Namens untersagt werden sollte. Das OLG. erachtete im Widerspruchsverfahren eine solche für zulässig. Das RG. hob das Urteil auf.

Aus den Gründen: Die Vorinstanzen gehen davon aus, daß die Bestimmung des § 12 BGB. gegen den unbefugten Gebrauch eines Namens auch dazu dienen könne, die Benützung des Namens zur Bezeichnung einer erfundenen, in einem Roman geschilderten oder in einer Abbildung dargestellten Person zu verbieten. Hierdurch ist § 12 BGB. unrichtig angewendet. Er schützt das Interesse des Namensträgers nicht bloß im Geschäftsverkehr oder auf dem Gebiete des Vermögensrechts, sondern jedes berechtigte — familienrechtliche oder nur persönliche — Interesse gegen jeden unbefugten Gebrauch des Namens. Was unter verbotenem „Gebrauch des gleichen Namens" zu verstehen sei, ist nicht zweifelsfrei. (Es wird nunmehr die Entstehungsgeschichte des § 12 erörtert.) Es hat den Anschein, als ob der Anspruch auf Unterlassung an die Voraussetzung gebunden sei, daß der andere den Namen als seinen eigenen gebraucht und daß der Fall der Verwendung des Namens zur Bezeichnung einer in einem Roman oder Drama auftretenden Person nicht durch ihn verfolgt werden könne. In den vom Reichsgericht bisher entschiedenen Fällen war der Name von einem Unbefugten als eigener oder doch zur Bezeichnung des eigenen Geschäfts oder von Waren benutzt. Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht. Die als „Professor N." vorgeführte Figur ist nicht die Abbildung einer individuellen Persönlichkeit, und die Fährlichkeiten, in die er gerät, sind nicht wirkliche Begebenheiten. Hierin kann ein Gebrauch des vom Antragsteller geführten Namens nicht gefunden werden. Selbst bei der weitesten Auslegung des § 12 BGB. darf nicht jede Verwendung eines Namens als verbotener Gebrauch betrachtet werden.

Der gewählte Name ist hier nur zur Bezeichnung eines personifizierten Begriffs benutzt worden. (Urt. des IV. ZS. vom 15. März 1906.)
609 — — n.

V.

§ 436 BGB., 445 ZPO. 1. Vertragsmäßige Versicherung, daß die Straßenanliegerbeiträge bezahlt seien, verpflichtet den Verkäufer in der Regel zur Befreiung des Käufers von etwaigen Nachforderungen solcher Beiträge. 2. Keine Eideszuschiebung über Wissen von einer Tatsache, ohne daß diese selbst feststeht.

Gründe: Zu 1. Die Straßenanliegerbeiträge sind öffentliche Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch (in Preußen) nicht geeignet sind (vgl. Pr. Ausf.Ges. u. RGZ. 30, 234; Gruchot 41, 151; JW. 1898 S. 690/96, 1902 S. 191/40). Für die Freiheit von solchen Lasten haftet der Verkäufer eines Grundstücks nach § 436 BGB. nicht, wenn er die Haftung nicht übernommen hat. Die Haftungsübernahme liegt vor, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Lastenfreiheit versichert hat. Nach dem vorliegenden Vertrage hat der Beklagte (Verkäufer) eine solche Versicherung abgegeben. Der Beklagte behauptet, die Vertragsbestimmung habe nur die Bedeutung der Versicherung, daß die damals bereits von ihm (vorläufig) erforderten Anliegerbeiträge von ihm gezahlt seien, nicht die, daß nun überhaupt keine Beiträge mehr zu zahlen seien. Der Berufungsrichter legt die Vertragsbestimmung jedoch unter Verwerfung der Verhandlungsergebnisse dahin aus, daß der Beklagte die Freiheit von dieser Last schlechthin versichert hat. Er nimmt an, daß der Beklagte an die Möglichkeit von Nachforderungen nicht gedacht habe und der irrigen Meinung gewesen sei, das Grundstück sei wirklich frei von dieser Last. Ein Rechtsirrtum des Berufungsrichters in dieser Beziehung ist nicht ersichtlich. Zu 2. Nun hat aber der Beklagte noch unter Eideszuschiebung behauptet, daß der Kläger bei der Uebergabe oder doch bei der Auflassung gewußt habe, daß weitere Anliegerbeiträge gefordert werden würden. Der Berufungsrichter hat ohne Rechtsirrtum diese Eideszuschiebung für unzulässig erklärt. Das Reichsgericht hat in feststehender Rechtsprechung, von der abzugehen kein Anlaß vorliegt, angenommen, daß der Eid über die Kenntnis einer Tatsache nur dann zugeschoben werden kann, wenn die Tatsache anderweit feststeht (vgl. z. B. RGZ. 3, 399; 43, 392; Gruchot 45, 1010; JW. 01 S. 305). Da nicht feststeht, auch vom Beklagten nicht unter Beweis gestellt ist, daß die Nachforderung von Anliegerbeiträgen zur Zeit der Uebergabe oder Auflassung bereits beschlossen oder beabsichtigt gewesen sei, hat der Berufungsrichter die Eideszuschiebung also mit Recht für unzulässig erklärt. (Urt. V 601/05 vom 13. Juni 06.) — — r.
576

B. Strafsachen.

I.

Ist in Bayern der Staatsanwalt verpflichtet, während der Dauer des Strafvollzugs die Berechnung der Strafzeit nachzuprüfen, wenn er den Vollzug einer Strafe durch Ersuchen eines Amtsgerichts herbeigeführt hat? Aus den Gründen: Der Angeklagte hat als Staatsanwalt am 8. Dezember 1903 gegen B. den Vollzug der neben einer Gefängnisstrafe zuerkannten Haftstrafe von einer Woche durch Ersuchen an ein Amtsgericht angeordnet, ein anderer Staatsanwalt aber das nach Formular XXXIII (JMBl. für Bayern 1879 S. 1076) entworfene, eine Anfrage wegen Berechnung der Strafhaft nicht enthaltende Ersuchen unterzeichnet, einen mit Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen Urteilsauszug beigelegt und durch gesondertes Schreiben das Amtsgericht ersucht, dem Verurteilten nach Antritt der Haftstrafe die Vorladung zum Antritt der Gefängnisstrafe zuzustellen und Beginn und Ende der Haftstrafe zu konstatieren. Da infolge eines Versehens der Amtsrichter den Gefängniswärter beauftragt hatte, statt einer einwöchigen eine achttägige Haftstrafe zu vollstrecken, blieb B. vom 14. bis 22. Dezember 1904 in Strafhaft. Am 14. Dezember wurde ein Protokoll, worin er sich den freiwilligen Antritt der Gefängnisstrafe vorbehielt, an die Staatsanwaltschaft mit dem Beifügen übersandt, daß die Haftstrafe sich auf 14. bis 22. Dezember berechne. Der Angeklagte hat hiervon am 15. Dezember Kenntnis genommen, aber die Berechnung der Haftdauer nicht geprüft und die noch mögliche Berichtigung unterlassen. Von der aus § 345 Abs. 2 StGB. erhobenen Anklage wurde er freigesprochen. Die hierfür angeführten Gründe lassen keinen Irrtum erkennen.

Zwar erfolgt nach § 483 Abs. 1 StPO. die Strafvollstreckung durch die Staatsanwaltschaft und es erschöpft sich die Strafvollstreckung nicht schon mit der Einlieferung in die Strafanstalt, sondern sie umfaßt auch die Verwirklichung der Strafverbüßung. Allein damit ist keine ausnahmslose Verpflichtung der Staatsanwaltschaft geschaffen, auch die Berechnung der Strafzeit zu prüfen, vielmehr überträgt § 483 Abs. 1 StPO. der Staatsanwaltschaft nur die Einleitung des Strafvollzugs und die Ueberwachung seiner vollständigen Durchführung. Dagegen entscheidet sich nach landesrechtlichen Vorschriften, welcher Behörde die Abgrenzung der Dauer der Strafhaft unter Berücksichtigung ihrer Anfangszeit obliegt und wann im Einzelfall die Staatsanwaltschaft die nach der Entlassung des Verurteilten immer ihr gebührende Prüfung der Berechnung vorzunehmen hat. Sind die Einrichtungen so getroffen, daß die Staatsanwaltschaft regelmäßig erst nach dem Strafvollzug von der Strafzeitberechnung Kenntnis erhält, so braucht sie sich auch nicht früher mit der Nachprüfung zu befassen.

In Bayern werden nach Art. 26 AG. z. StPO. und § 66 Ziff. 1a der „Vorschriften für die Geschäftsbehandlung in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Strafsachen“ (Beil. z. JMBl. 1879 S. 29 f.), die gegen Erwachsene erkannten Haftstrafen in den Amtsgerichtsgefängnissen vollzogen; nach § 70 Abs. 1 Ziff. 1 und § 77 Abs. 1 wird die Vollstreckung der im Amtsgerichtsgefängnis zu erstehenden Strafen, wenn der Verurteilte sich innerhalb des Amtsgerichtsbezirks auf freiem Fuß befindet, durch Erlassung einer Vorladung zum Strafantritt nach Formular XXXVI eingeleitet und zur Ueberwachung des Vollzugs vom Amtsrichter eine Vermerkungsliste geführt. Hierdurch kommt zum Ausdruck, daß die Abgrenzung der Strafzeit dem Amtsrichter zusteht. Nirgends findet sich eine Bestimmung, wonach der Amtsrichter den Wortlaut seiner Vorladung oder seinen Strafvollstreckungsbefehl oder seinen Eintrag in der Vormerkungsliste dem die Strafvollstreckung betreibenden Staatsanwalt mitzuteilen oder dieser die Pflicht hätte, vom Amtsrichter Vorlegung der Strafzeitberechnung zu verlangen oder die amtsrichterliche Berechnung noch während des Strafvollzugs zu prüfen, eine Aufgabe, deren Lösung zumeist schwer, bei ganz kurzen Strafen aber unausführbar wäre. Mangels einer derartigen Bestimmung ist der Staatsanwalt auch nicht gezwungen, jede ihm zufällig sich bietende Gelegenheit zur Vergleichung der amtsrichterlichen Strafzeitberechnung mit dem Inhalt des Urteilssatzes zu benutzen. Hier hat der Angeklagte den Erledigungsbericht erst nach der Entlassung des Verurteilten zu Gesicht bekommen. Die vorher eingelaufene Mitteilung, daß die Haftstrafe sich vom 14. bis 22. Dezember berechne, war im Hinblick auf das damit beantwortete Ersuchschreiben nicht bestimmt, eine Prüfung durch die Staatsanwaltschaft

in die Wege zu leiten. Solange dem Angeklagten nicht Zweifel aufstiegen, ob die zu vollstreckende Haftstrafe acht Tage betrage, hatte er zu einer Vergleichung mit dem Urteilssatz keinen zwingenden Anlaß. (Urt. des I. StS. vom 31. Mai 1906, 1 D 1323/05.)

616 B.

II.

Zu den Begriffen „Fahrlässigkeit" und „Amt". Der Angeklagte hatte auf dem Gute der Mitangeklagten, wenn auch nicht die selbständige Verwaltung des Wirtschaftsbetriebs, so doch den andern Gutsarbeitern gegenüber eine gewisse übergeordnete Stellung und insbesondere beim Dreschen — auch an dem Tage, an dem der Unfall eintrat, der zu der Erhebung der Anklage führte — die übrigen Leute als Aufseher zu beaufsichtigen und auch den Dreschbetrieb selbst zu überwachen und zu leiten. Welche Pflichten für den Angeklagten aus dieser Stellung als Aufseher erwuchsen, darüber hatte der Tatrichter zu entscheiden. Die Annahme, daß er seine Herrin auf den Mangel an Schutzvorrichtungen aufmerksam machen und gegebenenfalls die Drescharbeit und den Auftrag zur Aufsicht darüber hätte ablehnen müssen, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Verabsäumung dieser seiner Pflicht hat „hauptsächlich zur Herbeiführung des Unglücksfalles mitgewirkt"; seine Möglichkeit „konnte und mußte er voraussehen". Demnach ist mit Recht angenommen, daß die Fahrlässigkeit des Angeklagten den Tod der Arbeiterin M. verursacht hat. Dagegen kann in der Stellung des Angeklagten als Aufseher bei der Drescharbeit nicht ein Amt im Sinne des § 222 Abs. 2 StGB. und zwar auch dann nicht erblickt werden, wenn man darunter auch nichtöffentliche, nicht unter § 359 a. a. O. fallende Aemter einbeziehen wollte. Indessen ist darauf ein Gewicht nicht zu legen. Denn das Urteil führt in seinen tatsächlichen Feststellungen alle Merkmale an, die erkennen lassen, daß der Angeklagte zu der außer acht gelassenen Aufmerksamkeit vermöge seines Berufs besonders verpflichtet war. Es liegt also offenbar nur ein den Angeklagten nicht beschwerendes Vergreifen im Ausdrucke vor, zumal die Bezeichnungen Amt, Beruf, Gewerbe im § 222 a. a. O. als gleichwertig nebeneinander gestellt sind und dem Angeklagten sowohl in der Anklageschrift als auch im Eröffnungsbeschlusse die Verletzung einer Berufspflicht zur Last gelegt worden war. (Urt. des V. StS. vom 22. Mai 1906. 5 D 149/06.) ———e—

555

III.

Züchtigungsrecht des Lehrers (§ 340 StGB.). Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts wird die Züchtigung eines Schülers seitens des Lehrers durch das diesem zustehende Züchtigungsrecht nicht gedeckt, einerseits wenn dabei gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen wird, anderseits wenn die Züchtigung unter Verletzung der im Verwaltungsweg über das Züchtigungsrecht erlassenen Bestimmungen erfolgt ist, vorausgesetzt, daß nach dem Verwaltungsrechte des in Frage stehenden Staates der bezüglichen Behörde die Befugnis zusteht, die Ausübung des Züchtigungsrechts durch Einzelvorschriften allgemein zu regeln. Die auf Grund dieser Befugnis erlassenen allgemeinen Vorschriften können dann nicht als solche bezeichnet werden, die sich nur auf interne Verhältnisse der Schulaufsicht beziehen (Entsch. Bd. 19 S. 265, Bd. 26 S. 148). Die gegenteilige Anschauung des angefochtenen Urteils ist daher irrig. Dasselbe gilt von dem Satze, die Züchtigungshandlung stehe dem Erziehungsberechtigten nur persönlich zu. Die Unrichtigkeit dieses Grundsatzes ist für das Züchtigungsrecht der Eltern vom Reichsgerichte schon nachgewiesen worden (Entsch. Bd. 33 S. 32). (Urt. des V. StS. vom 15. Juni 1906. 5 D 213/06.) ———e—

593

IV.

Darf die Vermutung mangelnden Erinnerungsvermögens eines Zeugen den Grund zur Ablehnung des Antrags auf Ladung des Zeugen bilden? (§ 243 StPO.). Der Angeklagte hatte eine Prostituierte, mit der er vor längerer Zeit geschlechtlich verkehrt hatte, als Zeugin für die Tatsache und den Zeitpunkt dieses Verkehrs benannt. Der Antrag wurde abgelehnt, das Urteil aber hierwegen aufgehoben.

Aus den Gründen: Die Erhebung des Beweises ist mit Unrecht abgelehnt worden . . . Der Gerichtsbeschluß, der die Ladung der Zeugin verwirft, verstößt gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit. Die Strafkammer erachtet es für ausgeschlossen, daß die Prostituierte, eine an sich unzuverlässige Person, bei der Länge der Zeit an eine einzelne Nacht sich erinnern könne, auf einen genauen Zeitpunkt aber komme es an. Hiernach ist die Erheblichkeit der behaupteten Tatsache nicht bezweifelt, der zu erwartenden Aussage aber jeder Wert abgesprochen worden. Allerdings mag der vom Gerichte aufgestellte Erfahrungssatz über die Grenzen des menschlichen Erinnerungsvermögens und die Unzuverlässigkeit einer gewissen Menschenklasse richtig sein, aber im Einzelfalle könnte eine Ausnahme gegeben sein. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, daß das Beweisthema von der Zeugin glaubwürdig bestätigt wird. Deshalb liegt eine Vorwegnahme des Beweisergebnisses vor, die unstatthaft ist. (Urt. des I. StS. v. 17. Mai 1906, 1 D 978/05.)

620 B.

V.

Beweiswürdigung bei einer Verlesung nach § 252 Abs. 2 StPO. Die Aussagen, welche der Zeuge H. bei polizeilichen und richterlichen Vernehmungen im Vorverfahren gemacht hatte, waren in der Hauptverhandlung gemäß § 252 Abs. 2 StPO. verlesen worden. Das Gericht hatte in den Urteilsgründen diese Aussagen des Zeugen neben anderen Beweismitteln zu Ungunsten des Angeklagten verwertet. Die Revision hat geltend gemacht, daß nur die vom Zeugen in der Hauptverhandlung gemachten Aussagen hätten verwertet werden dürfen; jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Da die Aussagen, welche der Zeuge bei seinen polizeilichen und richterlichen Vernehmungen im Vorverfahren gemacht hatte, in der Hauptverhandlung in zulässiger Weise verlesen worden waren, gehörten sie zum „Inbegriffe der Hauptverhandlung" im Sinne des § 160 StPO. und das Gericht war berechtigt, sie bei der Beweiswürdigung zu benutzen. Der Senat hat schon in dem Urteil vom 30. Januar 1890 (Entsch. Bd. 20 S. 220) dies für den Fall ausgesprochen, daß dem Zeugen die Aussage nach § 252 Abs. 1 StPO. zur Unterstützung seines Gedächtnisses vorgelesen war. Hier ist die Verlesung nach § 252 Abs. 2 StPO. geschehen, um einen in der Hauptverhandlung hervortretenden Widerspruch mit den früheren Aussagen festzustellen oder zu heben. Bleibt in einem solchen Falle der Widerspruch bestehen, so ist doch die Tatsache zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht, daß der Zeuge früher anders ausgesagt hat, als in der Hauptverhandlung, und es ist Sache der Beweiswürdigung, welche Schlüsse das Gericht daraus ziehen zu können vermeint. Wenn diese Tatsache durch einen andern Zeugen bekundet worden wäre, hätte sie das Gericht in Betracht zu ziehen. Ebenso ist es auch bei der Verlesung nicht genötigt, sich nur an die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung zu halten. (Urt. des I. StS. vom 16. Juni 1906. 1 D 589/06.)

619 B.

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Zu § 420 BGB. JME. vom 30. Januar 1906 Nr. 4936.[1]) Mit Urkunde des Notariats A. vom 20. Februar 1906 verkauften M. Sch. und M. H. ihr (nicht unter Grundbuchrecht stehendes) Grundstück Pl.-Nr. 897 der StG. R., als dessen Miteigentümer zu gleichen Teilen sie im Hypothekenbuch eingetragen sind, an G. W., der für einen Kaufpreisteil von 3000 Mk. Hypothek bestellte. Die Eintragung der vereinbarten Aenderungen wurde vom Amtsgericht unter Bezugnahme auf die JME. vom 30. Januar 1906 Nr. 4936 (betr. die Anlegung des Grundbuchs und die Führung des Hypothekenbuchs) abgelehnt, weil die Anteile der Verkäufer an der Hypothek nicht angegeben seien und wegen der Möglichkeit, daß sie hierüber eine besondere Vereinbarung getroffen hätten, aus den Eigentumsverhältnissen nicht mit Sicherheit gefolgert werden könnten. Die Beschwerde wurde abgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Vorinstanzen haben mit Unrecht angenommen, daß die Verkäufer in Ansehung der Kaufpreisforderung und der für sie bestellten Hypothek in einem Gemeinschaftsverhältnisse stehen. Nach § 420 BGB. ist, wenn mehrere eine teilbare Leistung zu fordern haben, im Zweifel jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteile berechtigt. Bei einem durch Vertrag begründeten Schuldverhältnisse muß, wenn anderes gelten soll, darüber mit dem anderen Teil eine Vereinbarung getroffen werden; wenn anderes nicht bestimmt, so verpflichtet sich der Schuldner jedem Gläubiger gegenüber zu einem gleichen Anteil an der Leistung. Hier enthält die Vertragsurkunde nichts, was auf eine Abweichung von der Regel des § 420 hindeutet, und ebensowenig geben die Umstände Anlaß zum Zweifel darüber, ob die Beteiligten nicht etwas anderes gewollt haben. Die Verkäufer besaßen das Grundstück zu halben Anteilen; es ist daher das nächstliegende, daß jeder die Hälfte des Kaufpreises erhalten soll, und irgend ein Grund zu einer gegenteiligen Vereinbarung ist nicht ersichtlich. (Beschl. des I. ZS. vom 25. Mai 1906.)

557 ——f———

II.

Zu §§ 57, 59, 60 FGG. Der wegen Geisteskrankheit entmündigte Mündel hat durch einen von ihm bevollmächtigten Rechtsanwalt beim Vormundschaftsgerichte Erhöhung seines Unterhaltsbeitrages beantragt. Gegen den ablehnenden Bescheid hat der Rechtsanwalt im eigenen Namen Beschwerde eingelegt, die als unzulässig verworfen wurde. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen: die weitere Beschwerde ist zulässig, weil der Beschwerdeführer berechtigt ist, eine Entscheidung herbeizuführen, ob ihm die von ihm beanspruchte Befugnis zur selbständigen Anfechtung der Verfügung des Vormundschaftsgerichtes zusteht. Diese Frage ist zu verneinen, § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG. ist nicht anwendbar. Die angefochtene Entscheidung befaßt sich zwar mit einer die Sorge für die Person des Mündels betreffenden Angelegenheit, aber der Beschwerdeführer steht nicht in einer solchen Beziehung zu dem Mündel, daß er berufen erschiene, diese Angelegenheit wahrzunehmen. Das Recht zur Einlegung der Beschwerde hat er nur daraus hergeleitet, daß der Mündel ihn als Anwalt mit der Wahrnehmung der Angelegenheit betraut habe. Der dem Beschwerdeführer von dem geschäftsunfähigen Mündel erteilte Auftrag ist unwirksam und der Wunsch des Mündels, der nach §§ 59, 60 FGG. das Beschwerderecht nicht selbst ausüben kann, daß ein anderer die Angelegenheit weiter betreibe, genügt nicht, die Einmischung des anderen zu rechtfertigen, der darum der Angelegenheit nicht näher steht als derjenige, der sich aus reinem Wohlwollen berufen glaubt, sich des Mündels anzunehmen. Vermöge seines Berufs als Rechtsanwalt hat der Beschwerdeführer nicht ohne weiteres ein berechtigtes Interesse, die nach seiner Ansicht das Wohl des Mündels gefährdende Entscheidung über eine die Person des Mündels betreffende Angelegenheit mit Beschwerde anzufechten; der Beruf des Rechtsanwaltes bringt weder die Pflicht noch das Recht mit sich, sich mit derartigen Angelegenheiten zu befassen. (Beschl. vom 9. Juni 1906.) —l.

560

III.

Zu § 925 Abs. 2 BGB. (Auflassung unter einer Bedingung). S. vereinbarte am 26. Januar 1906 mit seiner Braut zu notariellem Vertrag Errungenschaftsgemeinschaft. Am gleichen Tage verkauften die Eheleute Schn. an die Brautleute ein unter Grundbuchrecht stehendes Grundstück. In der notariellen Urkunde erklärten die Verkäufer, sie bewilligten und beantragten, „daß die Brautleute als Eigentümer zu ihrem künftigen ehelichen Gesamtgut in das Grundbuch eingetragen würden", und die Brautleute, daß sie „damit einverstanden seien und gleichfalls ihre Eintragung als Eigentümer zu ihrem künftigen ehelichen Gesamtgut beantragen." Am 24. Februar 1906 heirateten die Brautleute. Der Notar legte die Urkunden und eine Bestätigung des Standesamts über die Eheschließung dem Grundbuchamte vor. Dieses lehnte die Eintragung ab, weil die Auflassung bedingt erklärt und daher unwirksam sei und die Unwirksamkeit durch die Erfüllung der Bedingung nicht gehoben werden könne. Die Beschwerde blieb erfolglos. Die weitere Beschwerde wurde unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG. Colmar (ZBlFG. VI, 774) damit begründet, die Auflassungs-Erklärungen seien unbedingt abgegeben, durch das Wort „künftig" habe nur der Ausdruck „Gesamtgut" dahin erläutert werden sollen, daß die Brautleute das Grundstück nach Schließung der Ehe zu einem Bestandteile des Gesamtguts machen wollten. Die Eheschließung sei nur die Voraussetzung für die Ermächtigung des Notars gewesen, die Eintragung zu erwirken. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das Beschwerdegericht hat mit Recht die Einigung der Beteiligten über den Uebergang des Eigentums dahin verstanden, daß die Käufer nicht sofort als Brautleute Eigentümer werden sollten, sondern das Grundstück einstweilen im Eigentume der Verkäufer bleiben und erst dann übergehen sollte, wenn mit der Eheschließung der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft in Kraft getreten war. Hätten die Brautleute das Grundstück sofort als Miteigentümer erworben, so würde es einer neuen Auflassung und Eintragung bedurft haben, um es zu einem Bestandteile des Gesamtguts der Errungenschaftsgemeinschaft zu machen. Das sollte durch die Vereinbarung vermieden werden, daß der Uebergang des Eigentums aufgeschoben bleibe, bis das Grundstück unmittelbar in das Gesamtgut übergehen konnte. Damit wurde die Auflassung von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Umstands, einer Bedingung, abhängig gemacht. Die bedingt erklärte Auflassung ist unwirksam und kann auch nach dem Eintritte der Bedingung nicht Grundlage einer Eintragung sein.

Die in der Beschwerde angeführte Entscheidung des OLG. Colmar hat einen Fall im Auge, der sich in einem wesentlichen Umstande von dem vorliegenden unterscheidet. Die Brautleute hatten vereinbart, daß ein Grundstück des Bräutigams mit der Eheschließung Bestandteil des Gesamtguts werden solle, und erklärten, „über Veräußerung und Erwerb einig zu sein." Daran

[1]) Vgl. die Notiz S. 128 dieses Jahrgangs.

schloß sich die Bewilligung und der Antrag, daß nach der Heirat die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Gesamtgut eingetragen werden solle. Das OLG. hat in den Worten „über Veräußerung und Erwerb einig zu sein“ eine unbedingte Auflassung gefunden und nur die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag für bedingt erachtet. Hier kommt eine solche Trennung der Einigung von der Bewilligung und dem Antrage nicht in Frage, weil die Beteiligten die Einigung nur in der Form der Bewilligung und des Antrags erklärt haben. In einem solchen Falle hat auch das OLG. Colmar die Auflassung als bedingt und unwirksam angesehen (Rspr. der OLG. V, 251). (Beschl. des I. ZS. vom 5. Juli 1906).

608 — — — n.

Oberlandesgericht München.

Zur Auslegung des § 53 Abs. 9 der EisenbVerkO. Die Firma M. in S. gab am 20. April 1904 bei der Bayer. Staatseisenbahn eine Wagenladung Porzellan an die Firma W. in Sch. auf und trug in den Frachtbrief als Inhalt „Porzellan lose verladen“ und als Bruttogewicht „11700 Kilo“ ein. Während des Transportes ergab sich auf amtliche Nachschau die Beiladung einer allerseits fest verschlossenen Kiste mit Porzellan. Daraufhin erhob die Bahnverwaltung unter Zugrundelegung des Tarifs für Porzellan in verschlossenen Kisten statt des Spezialtarifs II für lose verladenes Porzellan hinsichtlich des Gesamtgewichts den Mehrbetrag von 501 Mk. 90 Pfg., nämlich 167 Mk. 30 Pfg. Frachtunterschied und 334 Mk. 60 Pfg. Strafzuschlag. Der Betrag wurde unter Protest bezahlt und sodann Rückforderungsklage auf 491 Mk. 40 Pfg. mit der Begründung erhoben, die Absenderin treffe kein Verschulden, weil die Oeffnung der streitigen Kiste vor der Beipackung lediglich durch ein Versehen eines Arbeiters unterblieben sei, der die telephonische Weisung, den Deckel zu beseitigen, dahin mißverstanden habe, er solle die früher aufgeklebten „Zettel“ entfernen. Auch der Zuschlag selbst sei falsch berechnet; da die verschlossene Kiste 103 Kilo gewogen habe und die höhere Fracht sich hierfür auf 3 Mk. 50 Pfg. beziffere, könne der Zuschlag nicht mehr als 7 Mk. ausmachen. Der Eisenbahnfiskus bestritt das behauptete telephonische Mißverständnis, sowie daß das Gewicht der Kiste amtlich mit 103 Kilo ermittelt worden und berief sich für seine Art der Zuschlagsberechnung auf § 11 der allgemeinen Tarifvorschriften und die einhellige Praxis der deutschen Eisenbahnverwaltungen. Das Landgericht erklärte die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt und die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Es ist nicht erwiesen, daß nur ein Mißverständnis die Beiladung der verschlossenen Kiste herbeigeführt hat und deshalb auf die Frage nicht weiter einzugehen, ob der klägerische Geschäftsführer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat, wenn er sich einen wichtigen telephonischen Auftrag von dem Angerufenen nicht wiederholen ließ und den Vollzug nicht überwachte. In der Sache selbst nötigt der Wortlaut des Abs. 9 § 53 EVO. nicht zu der Auslegung, die ihm in der (internen) Kundm. Nr. 12 der deutschen Bahnen gegeben ist. Wenn auch im allgemeinen Frachtberechnungen nur nach Maßgabe des Tarifs vorgenommen werden können, so verweist Abs. 9 doch keineswegs auf eine bestimmte Vorschrift des Tarifs, wie etwa die EVO. von 1892 in ihrem § 53 Abs. 9. Die allgemeinen Tarifvorschriften des deutschen Gütertarifs vom 1. April 1904 enthalten überhaupt keine Bestimmungen über die Tarifierung zwangsweise von Amts wegen deklarierter Güter, sondern nur solche über Frachtberechnung nach Maßgabe der Frachtbriefangaben des Absenders bei Aufgabe der Güter. Die allgemeinen Tarifvorschriften können also nicht unmittelbare, sondern nur sinngemäße Anwendung finden. Der Sinn, Grund und Zweck der Abs. 7 und 9 des § 53 EVO. sprechen nun aber gegen die Auslegung, die ihnen von dem Beklagten gegeben worden ist, die ihrerseits der Kundm. Nr. 12 Folge leistete. Bei Gütern, deren Beförderung nicht im Interesse der Sicherheit ausgeschlossen oder beschränkt ist, hat die Bahn an richtiger Deklaration des Inhalts nur finanzielles Interesse. Es soll deshalb bei Entdeckung einer unrichtigen Deklaration der entgangene Gewinn nachgeholt und das doppelte davon als Frachtzuschlag d. i. Vertragsstrafe dem Zuwiderhandelnden auferlegt werden, damit er und andere sich künftig richtiger Angaben im Frachtbrief befleißigen. In der allgemeinen Zusatzbestimmung X zu § 53 Abs. 9 der EVO. von 1892 war dieser Gedanke deutlich zum Ausdruck gebracht. Bei Frachtverkürzung sollte der Zuschlag das doppelte der vorenthaltenen Fracht betragen (vgl. § 135 VZollG.). Es ist nicht anzunehmen, daß der Grundgedanke des § 53 Abs. 9 EVO. von 1899 ein anderer geworden ist, wenn auch von vorenthaltener Fracht nicht mehr gesprochen wird; dies um so weniger, als aus dem Entwicklungsgang des internationalen Frachtübereinkommens, das mit der EVO. im engen Zusammenhang steht, die Tendenz ersichtlich ist, die Folgen unrichtiger Deklaration, sofern sie nur pekuniäre Interessen verletzt, für den Absender zu mildern. Nach § 3 Ausf.Best. z. intern. FrachtUe. vom 14. Okt. 1890 Art 7 Abs. 4 konnte als Frachtzuschlag das doppelte der ganzen vom Abgangs- bis zum Bestimmungsort zu zahlenden Fracht erhoben werden, selbst wenn eine Frachtverkürzung nicht stattfand. Wenn die Eisenbahn also gemäß Abs. 9 des § 53 EVO. von 1899 berechnen soll, was ihr durch unrichtige Deklaration an Fracht vorenthalten worden ist, so muß sie die billigsten, nicht die teuersten Frachtsätze zugrunde legen, nach denen der Absender sein Gut ordnungsgemäß mit richtiger Deklaration hätte befördern können. (Urt. v. 9. April 1906; L 724/05.)

582 N.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Sachenverbindung und ungerechtfertigte Bereicherung. Der Beklagte A. und der überschuldete S. standen auf Grund privatschriftlicher Urkunde vom November 1903 im Vertragsverhältnisse dahin, daß jener zum Verkaufe von zwei Bauplätzen, dieser zum Kaufe und zur Errichtung von Wohnhäusern auf ihnen verpflichtet war. Die Verbriefung sollte erst nach Vollendung der Gebäude erfolgen; A. sollte, falls S. die Bauten nicht genau nach seinen Wünschen herstellte oder sonst Schwierigkeiten hätte, das Recht haben, den Vertrag und den von ihm zu gewährenden Baukredit durch schriftliche Erklärung ohne Entschädigung aufzuheben. S. übertrug seine Rechte und Pflichten auf seine in Gütern getrennte Frau; mit der Planfertigung und Bauleitung betraute er den Architekten B., mit den Maurerarbeiten den in Konkurs befindlichen Maurer L. und zwar unter Stellung des Vertrags auf den Namen von L.'s elfjährigem Sohne. — Im Februar und März 1904 wurden eiserne Träger, die vom Architekten B. auf den Namen und für Rechnung des A. bestellt und, nachdem die Eisenhandlung über A. Auskunft eingezogen hatte, gegen jeweils mitfolgende, auf den Namen des A. ausgestellte und vom Baupalier des L. bestätigte Lieferscheine an den Bauplatz verbracht worden waren, in das Innere der Häuser eingebaut. A. löste im Juli 1904 den Vertrag mit den Eheleuten S., verbot diesen sowie dem Architekten B. das Betreten der Baustelle und vollendete den Bau; die ihm von der Eisenhandlung angesonnene Bezahlung der Eisenschienen lehnte er ab, weil er von ihr nichts bezogen habe. — Der Beklagte A. wurde auf Klage der

Eisenhandlung vom Landgericht zum Ersatze des Werts der Schienen samt 4 % Zinsen seit Klagerhebung (nicht, wie begehrt, 5 % Zinsen von den Lieferungstagen ab) verurteilt; die Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Aus dem Gesichtspunkte eines zwischen ihm und der Klägerin geschlossenen Kaufvertrages kann der Beklagte nicht in Anspruch genommen werden; durch die Bestellung des B. ist es nicht zu einem direkten und sofort wirksamen Vertrag zwischen den Streitsteilen gekommen. (Wird ausgeführt.) Eine Pflicht des Beklagten zum Ersatze des Wertes der Schienen ist dagegen aus dem Gesichtspunkte der Sachenverbindung und der ungerechtfertigten Bereicherung begründet. Die Klägerin hat die Lieferung der Schienen in der irrigen Voraussetzung vorgenommen, infolge der Bestellung des B. dem Beklagten gegenüber verpflichtet zu sein, eine irrige Voraussetzung, zu der sie, ohne daß ihr ein Verschulden zur Last fiele, umso leichter gelangen konnte, als der Beklagte, über den sie sich erkundigte, als Eigentümer der Bauplätze in den öffentlichen Büchern eingetragen war. Die Klägerin wollte ebensowenig wie an S., von dessen Beteiligung sie nichts wußte, und an den sie nichts abgegeben hätte, an B. eine Lieferung machen, dessen Verhältnisse ihr ebenfalls als nicht gut bekannt waren; B. kam für die Klägerin nur als vermeintlicher Vollmachtträger des A. in Betracht. Die Klägerin wollte auch nicht mit einem beliebigen Bauherrn Geschäfte machen, sie hatte (Erkundigungen, Verfahren bei Abgabe der Waren) nur die Person des Beklagten als Vertragsgegners und Empfängers im Auge. Da nun der Beklagte den von B. in seinem Namen ohne Vertretungsmacht geschlossenen Kaufvertrag nicht genehmigt hat, ist es auch insoferne zu einem wirksamen Vertragsverhältnis zwischen den Streitsteilen nicht gekommen und es hat an den Beklagten auch keine Uebertragung des Eigentums der Klägerin an den Schienen stattgefunden (Mangel der Einigung unter den Streitsteilen). Die Klägerin hat durch die Verbringung der Schienen an den Bauplatz und ihre Empfangnahme durch den Palier des S. das Eigentum der Schienen weder an den Maurermeister S. noch an den Architekten B. übertragen oder verloren (Mangel der Einigung). Daß die Klägerin gegen B. das Recht erlangt hat, von ihm nach ihrer Wahl die Erfüllung des vom Beklagten abgelehnten Kaufgeschäftes oder Schadenersatz zu fordern, berührt die Frage, ob eine den Eigentumsübergang der Schienen herbeiführende Uebergabe und Einigung stattgefunden hat, nicht. Ihr Eigentum an den Schienen hat die Klägerin erst verloren, als sie in das Innere der Häuser, die auf den Grundstücken des Beklagten errichtet wurden, eingefügt wurden; sie wurden hierdurch wesentliche Bestandteile der Gebäude und der Grundstücke (§§ 946, 94 BGB.). Eigentümer der Grundstücke war zur Zeit der Einfügung der Beklagte; eine Uebertragung der Bauplätze an S. war durch den — mangels der notariellen Form nichtigen — Vertrag zwischen dem Beklagten und S. erst für die Zukunft vorgesehen. Der Eigentumserwerb an den Gebäuden und den in diese eingefügten Sachen vollzog sich zugunsten des Beklagten ohne Rücksicht darauf, ob er selbst die Einfügung vornahm, ob sie ein Dritter — S. — bewirkte, ob sie durch Zufall erfolgte. Der Beklagte ist also nach § 951 BGB. verpflichtet, der Klägerin den Wert der Schienen zu ersetzen. Für die Berechtigung des Anspruchs aus § 951 BGB. ist entscheidend, daß die Klägerin ihr Eigentum an den Schienen erst durch deren Einfügung verloren hat. Der Bereicherungsanspruch wird dadurch, daß der Beklagte gegen S. aus dem Bauvertrage einen Anspruch auf sachgemäße Ausführung der Bauten hatte, nicht ausgeschlossen: der Rechtsverlust der Klägerin ist zunächst ihm als dem Grundstückseigentümer zu gute gekommen und der Beklagte hat, mag er auch durch die Leistung der Klägerin nicht mehr erhalten haben, als ihm durch eine von S. zu machende Leistung in Aussicht stand, das Eigentum der Schienen, das die Klägerin nur an ihn oder nicht aufgeben wollte, durch keinen anderen Rechtsgrund erlangt, als durch die ohne Zutun der Beteiligten von Gesetzes wegen eine Rechtsänderung herbeiführende Einfügung in die Häuser. Für Erwerb und Verlust des Eigentums gibt unmittelbar § 946, für den Bereicherungsanspruch unmittelbar § 951 BGB. Maß: der Gesichtspunkt der nützlichen Verwendung (Versions- oder Verwendungsklage früherer Rechte) kommt nicht in Betracht. (Urt. vom 10. Januar 1906.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

546

Oberlandesgericht Nürnberg.

I.

Zu § 2242 BGB., Unterschrift des Erblassers. Anna Sch. ist am 29. März 1905 mit Hinterlassung eines am 27. desf. Mts. errichteten Dorftestaments gestorben. Letzteres wurde in der Klage als nichtig bezeichnet, da die aus wirren Schriftzügen bestehende Unterschrift nicht lesbar sei. Das Landgericht hat klagegemäß erkannt. Auf Berufung wurde die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen: Im BGB. ist der Begriff „Unterschrift“ nicht erläutert. Bei Prüfung der Frage, ob der Vorschrift der §§ 2249 b und 2242 b l. c. genügt ist, kommt es hauptsächlich darauf an, daß die Unterschrift keinen Zweifel über die Identität des Testators läßt. (cf. Scherer, Erbrecht S. 317.) Eine, wenn auch schlecht geschriebene und schwer leserliche Unterschrift ist unschädlich, wenn es nur einigermaßen möglich ist, sie als den Namen des Erblassers zu entziffern. (Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. V S. 72 Note 6 und DJZ. 1903 S. 270.) Hier besteht kein Streit darüber, daß die Unterschrift von der Anna Sch. herrührt. Die, wenn auch vielfach verschlungenen Schriftzüge entsprechen annähernd den Buchstaben ihres Namens. Der Vorname kann, wenn auch mit Mühe, entziffert werden und auch aus dem Familiennamen lassen sich wenigstens die Buchstaben b—r herauslesen. Unter diesen Umständen ist den Vorschriften der §§ 2242, 2249 b BGB. Genüge geleistet. (Urt. vom 23. April 1906.) H.

601

II.

Zu §§ 746, 748, 1010 BGB., Art. 40 des bayr. UebergG. Die Beklagten besaßen nach notariellem Vertrag vom 25. Mai 1900 das Kommunalbrauhaus in P. zu gemeinschaftlichen Hälfteanteilen mit den Brauerseheleuten R. In diesem Vertrag war bestimmt, daß die Verteilung der für das Brauhaus erwachsenden Auslagen zwischen den Miteigentümern nach dem sogenannten „Kesselgeld“, d. h. nach dem Verhältnis der von jedem jährlich gemachten Biersude zu geschehen habe. Die Beklagten veräußerten ihren Hälfteanteil an dem Brauhaus nebst ihrem Anwesen in P. an Kläger. In dem Vertrage ist der vorerwähnten Vereinbarung nicht gedacht. Kläger behaupten, daß ihnen letztere beim Kaufsabschlusse verschwiegen worden sei, daß diese aber einen wesentlichen Mangel des erworbenen Hälfteanteils in sich schließe, weil nach dem tatsächlichen Zustand die Miteigentümer R. nicht oder nur wenig brauen, während sie hierauf angewiesen seien, so daß ihnen die überwiegende Pflicht zur Bestreitung der Auslagen zufalle. Wegen dieses Mangels beanspruchen die Kläger Minderung des Kaufpreises. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Regelung der Ver-

waltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes durch die Teilhaber wirkt gemäß § 746 BGB. auch für und gegen die Sondernachfolger. Dieser Grundsatz erleidet aber nach der Vorschrift des § 1010 eine Beschränkung, falls die Vereinbarung von den Miteigentümern eines Grundstücks getroffen ist; hier soll sie gegen den Sondernachfolger nur wirken, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuche eingetragen ist. Die Wirksamkeit der Vereinbarung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers ist deshalb schlechthin von ihrer Eintragung als Belastung des Anteils im Grundbuch abhängig, sie bindet den Sondernachfolger auch dann nicht, wenn er beim Erwerb von ihr Kenntnis hatte (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. I S. 417; Neumann BGB. zu § 1010 Note 1). Die Eintragung der Belastung des Anteils der Beklagten ist unbestritten nicht erfolgt, sie hätte gemäß Art. 40 des Ges., Uebergangsvorschriften zum BGB. betr., im Hypothekenbuche geschehen müssen. Mit Recht hat deshalb der Erstrichter angenommen, daß die Kläger als Sondernachfolger in den Miteigentumsanteil der Beklagten durch den Vertrag vom 25. Mai 1900 überhaupt nicht berührt werden, daß dieser vielmehr nur zwischen den Miteigentümern N. und L. Rechte und Pflichten erzeugt hat. Haben aber die Kläger die zwischen den letzteren getroffene Regelung nicht zu beachten, so bewendet es für ihre Verpflichtung zur Lasten- und Kostentragung bei der gesetzlichen Vorschrift des § 748 BGB., wonach sie nur nach dem Verhältnis ihres Hälftenanteils und ohne Rücksicht auf die stärkere oder geringere Benutzung beitragspflichtig sind (Urteil v. 5. März 1906). 600 II.

Landgericht München I.

Unbefangenheit eines Arztes als Sachverständigen trotz Abgabe eines vorprozessualen Privatgutachtens. Unwiderruflichkeit einer Entbindung von der Schweigepflicht; Umfang letzterer. (§§ 383, 385, 406 ZPO.) Der Fabrikant M. behauptete infolge eines Eisenbahnunfalls an Nerven- und Bewegungsstörungen zu leiden und machte gegen die Eisenbahnverwaltung Schadensersatzansprüche zunächst außergerichtlich geltend. Bei den Verhandlungen hierüber erbot er sich ein Gutachten des Nervenarztes Dr. H. über sein Leiden beizubringen, womit die Eisenbahnverwaltung einverstanden war. Dr. H. erklärte sich hierzu jedoch nur unter der Bedingung bereit, daß ihn M. von der Berufsverschwiegenheit entbinde und M. betätigte auch brieflich diese Entbindung. Daraufhin erstattete Dr. H. sein Gutachten — und zwar in einem für M. ungünstigen Sinne — unmittelbar an die Eisenbahnverwaltung. Letztere brach die Verhandlungen ab und benannte in dem nun anhängig gemachten Prozesse Dr. H. als Zeugen und Sachverständigen für die Simulation des Klägers. Dieser lehnte zunächst den Dr. H. wegen Befangenheit ab, wurde aber damit durch Beschluß des OLG. München vom 28. März 1904 zurückgewiesen, weil die Erstattung eines Privatgutachtens die Befangenheit des Arztes um so weniger zu begründen vermöge, als Dr. H. bei Prüfung des neuen tatsächlichen Materials und etwaigem Wegfall früherer Annahmen die damaligen Schlüsse ohnehin nicht aufrecht halten werde. Nunmehr protestierte der Kläger gegen die Vernehmung des Dr. H., weil er ihn nicht von der Berufsverschwiegenheit für den Prozeß entbinde und die frühere Entbindung sich nicht hierher beziehe, jedenfalls aber als unter völlig anderen Umständen abgegeben widerrufen werde. Dr. H. verweigerte daraufhin vorsorglich die Aussage; seine Weigerung wurde jedoch für ungerechtfertigt erklärt.

Aus den Gründen: Die Schweigepflicht trifft nicht jede Tatsache, die Gegenstand ärztlicher Wahrnehmung war, sondern nur solche, die nach vernünftigem Ermessen im Interesse des Anvertrauenden Geheimhaltung erfordern, z. B. Berufskrankheiten eines Beamten, die zu vorzeitiger Pensionierung führen könnten, Geschlechtsleiden u. dgl. Im vorliegenden Falle läßt sich nun als Grund der Schweigepflicht nur ein Befund unterstellen, der den Prozeß zu Ungunsten des Klägers beeinflussen könnte, z. B. Simulation oder erhebliche Besserung des vom Kläger selbst ausführlich in den Prozeßschriften beschriebenen Leidens. In der Tat behauptet ja auch Dr. H. den Kläger der Simulation überführt zu haben und dies würde zur Glaubhaftmachung nach § 386 ZPO. an sich genügen, vorbehaltlich der Gegenbehauptung des Klägers, daß solche Simulation nicht vorliege. Auf eine Lösung des hierin liegenden Widerspruchs im Verhalten des Klägers braucht jedoch nicht eingegangen zu werden, weil er den Dr. H. vor dem Prozesse auf dessen ausdrückliches vorgängiges Verlangen von der Berufsverschwiegenheit entbunden hat, wobei schon zur Sprache kam, daß ein einseitiges Parteigutachten in einem künftigen Prozesse weniger Wert habe als bei übereinstimmender Gutachterwahl. Auf diese Entbindung hin hat dann erst Dr. H. der Eisenbahnverwaltung schriftlich seine Wahrnehmungen mitgeteilt und von diesem Schriftstück hat diese im gegenwärtigen Prozesse zunächst in der Form des Urkundenbeweises Gebrauch gemacht; die zeugschaftliche Vernehmung soll also die Wahrheit des beurkundeten Befunds unter Eid bestätigen. Hieraus ergibt sich, daß die Entbindung vereinbart und ausdrückliche Bedingung der Begutachtung war, ein Rücktritt von diesem mit der Gegenpartei und dem Arzte geschlossenen Vertrag also einseitig nicht geschehen kann, ferner, daß dieser Widerruf auch als verspätet gegenstandslos ist. Denn die jetzt angeblich geheim zu haltenden Befunde sind mit klägerischem Einverständnis längst demjenigen mitgeteilt, dem gegenüber nunmehr die Geheimhaltung nachträglich verlangt und versucht wird. Solchenfalls kann aber von Anwendung des § 383 Nr. 5 ZPO. mangels eines inneren Rechtfertigungsgrunds nicht mehr die Rede sein. (Urt. v. 19. April 1905; A 3266/02.) N. 584

Aus der Praxis des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte.

Für die Entscheidung darüber, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt, kommt es darauf an, ob der geltend gemachte Anspruch nach den zu seiner Begründung behaupteten Tatsachen auf einem dem bürgerlichen Rechte angehörenden Rechtsgrunde beruht. Daß die Beurteilung des Anspruchs von der Beantwortung einer Frage abhängt, deren Entscheidung zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gehört, schließt die Zuständigkeit der Gerichte nicht aus. Die Art. 47, 48 des Weidegesetzes vom 28. Mai 1852 entziehen den Gerichten nicht Streitigkeiten über Ansprüche auf Schadensersatz wegen Beschädigung fremden Vermögens durch unbefugte Ausübung der Weide. Diese Sätze sind einem Erkenntnisse des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte vom 12. Juni 1906 zu entnehmen, das in einer Beilage zu Nr. 47 des GVBl. vom 11. August 1906 veröffentlicht ist.

Aus Tatbestand und Gründen: An einem der Gemeinde F. gehörenden, dem D. verpachteten Grundstücke steht den Eigentümern zweier Höfe (Str. u. E.) das Recht zu, es während der sog. offenen Zeit mit Hornvieh zu beweiden. Am 26. September 1901, als auf der Wiese noch das zweite Grummet stand, ließen Str. u. E. sie abweiden. D. erhob gegen sie Klage auf Schadensersatz mit der Behauptung, daß die Be-

klagten die Weide widerrechtlich ausgeübt hätten. Das Amtsgericht verurteilte die Beklagten. Auf Berufung wies das Landgericht die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab. Es führte aus: Die Entscheidung darüber, ob die Beklagten die Weide unbefugt ausgeübt haben, hänge davon ab, ob am 26. September 1901 noch gesetzliche Hegezeit war und ob das damals auf der Wiese stehende Gras Grummet oder nur sog. Grünfutter war. Die Entscheidung hierüber stehe nach Art. 47, 48 d. Ges. v. 28. Mai 1852 den Verwaltungsbehörden zu, und nach Art. 48 seien diese auch für die Entscheidung über Entschädigungsansprüche wegen unbefugter Ausübung der Weide ausschließlich zuständig. Da sich auch die Verwaltungsbehörden für unzuständig erklärten, wurde die Entscheidung des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte angerufen.

Für die Entscheidung darüber, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt, kommt es darauf an, wie der Anspruch tatsächlich begründet ist und ob er nach den zur Begründung behaupteten Tatsachen auf einem dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehörenden Rechtsgrunde beruht. D. stützt seinen Anspruch darauf, daß auf der von ihm gepachteten Wiese am 26. September 1901 schneidbares Grummet stand, dieses aber durch das Hornvieh der Beklagten abgeweidet wurde. Da dem Pächter eines Grundstücks nach §§ 581, 956 BGB. das Recht zusteht, die Früchte des Grundstücks zu beziehen, enthält das Vorbringen des D. die Behauptung, daß die Beklagten vorsätzlich ein ihm zustehendes Recht widerrechtlich verletzt haben. Ist dies der Fall, so sind sie nach § 823 BGB. zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Also beruht der Anspruch des D. nach den zu seiner Begründung behaupteten Tatsachen auf einem dem bürgerlichen Rechte angehörenden Rechtsgrunde; es sind also für die Entscheidung nach § 13 GVG. die Gerichte zuständig, wenn nicht durch eine landesgesetzliche Vorschrift die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden begründet ist. Mit Unrecht hat das Landgericht angenommen, daß eine solche in Art. 47, 48 d. Ges. v. 28. Mai 1852 enthalten sei. Dieses Gesetz betrifft die Ausübung des Weiderechts auf fremdem Grund und dessen Ablösung. Die Weiderechte in der Gestalt, die sie bei Erlassung des Gesetzes erlangt hatten, waren Dienstbarkeiten. Darin, daß der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden für den Vollzug des Gesetzes eine weitgehende Zuständigkeit eingeräumt hat, liegt eine Abweichung von den für die Scheidung der Zuständigkeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden geltenden Grundsätzen. Schon dies zwingt bei der Beurteilung der Tragweite der Art. 47, 48 zu enger Auslegung. Das Gesetz enthält im Abschn. I nur Vorschriften zum Schutze der Bodenkultur gegen schädliche Ausübung des Weiderechts und in den Abschn. II u. III nur Vorschriften über die Ablösung der Weiderechte, dagegen nirgends Vorschriften über die bei unbefugter Ausübung der Weide zu leistende Entschädigung. Daraus, daß im Art. 47 den Verwaltungsbehörden der Vollzug des Gesetzes und die Entscheidung der hierbei vorkommenden Streitigkeiten übertragen ist, muß daher gefolgert werden, daß diese Vorschrift sich nur auf Streitigkeiten bezieht, welche über die Art der Ausübung des Weiderechts und über die Ablösung der Weiderechte entstehen, nicht auf Streitigkeiten über Ansprüche auf Schadensersatz wegen Beschädigung fremden Vermögens durch unbefugte Ausübung der Weide. Die im Art. 48 aufgezählten Streitigkeiten, für deren Entscheidung die Zuständigkeit der Gerichte vorbehalten ist, sind nur solche über das Bestehen und den Umfang des Weiderechts. Die in diesen Fällen erforderliche Entscheidung der Gerichte soll, wie aus Abs. 2 des Art. 48 hervorgeht, den Verwaltungsbehörden die Grundlage für die Durchführung der Ablösung schaffen. Art. 48 entzieht also keineswegs den Gerichten jede Zuständigkeit für die Entscheidung von Streitigkeiten, die mit dem Bestehen eines Weiderechts zusammenhängen und die Art. 47, 48 stehen der Zuständigkeit der Gerichte für die Entscheidung über den Anspruch des D. nicht entgegen. Richtig ist, daß über ihn nicht entschieden werden kann, ohne daß auch darüber entschieden wird, ob für die Wiese am 26. September 1901 die Hegezeit schon beendet war. Daß für die Beantwortung dieser Frage an sich die Verwaltungsbehörden zuständig sind, kann nach Art. 1, 2, 47 des Ges. keinem Zweifel unterliegen. Aber dieser Umstand schließt die Zuständigkeit der Gerichte nicht aus. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist das Wesen des Anspruchs maßgebend; belanglos ist, daß die Entscheidung von der Feststellung eines Rechtsverhältnisses abhängt, das dem öffentlichen Rechte angehört. Das für die Entscheidung über den Anspruch zuständige Gericht ist befugt, in den Gründen die dem öffentlichen Rechte angehörende Frage zu beantworten, aber es steht nach § 148 ZPO. in seinem Ermessen, ob es diese Vorfrage selbst beantworten oder die Aussetzung der Verhandlung bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde anordnen will. Für die Entscheidung über den Anspruch des D. sind hiernach die Gerichte zuständig. ———n.

697

Literatur.

Wolff, Dr. Martin, a. o. Professor an der Universität Berlin. Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. Sonderabdruck aus der Festgabe für Professor Dr. Bernhard Hübler. Berlin 1905. Verlag von Franz Vahlen. Broch. Mk. 0.60.

Der Verfasser untersucht zunächst, unter welchen Voraussetzungen der Ersteher einer gepfändeten, dem Vollstreckungs-Schuldner nicht gehörenden Sache Eigentum erwirbt. Er gelangt unter Heranziehung der §§ 1242 bis 1244 BGB. zu dem Ergebnis, daß für den Eigentumserwerb guter Glaube des Erstehers hinsichtlich des Pfandrechts erforderlich sei, ferner 1. Erfüllung der Vorschriften in §§ 814 Satzteil 1, 816 Abs. 4, 820 Satz 2, 821 ZPO. und 2. Erfüllung der Vorschriften in §§ 816 Abs. 3, 818, 820 Satz 1, 824 ZPO. oder guter Glaube des Erwerbers in Ansehung ihrer Beobachtung. Hierauf greift er die Frage auf, ob dem Eigentümer der rechtswidrig versteigerten Sache ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger zusteht. Um eine Grundlage für die Lösung zu gewinnen, wird zunächst das Schicksal des dem Gläubiger abgelieferten Versteigerungserlöses erörtert. Wolff nimmt an, daß nach § 1247 Satz 2 BGB. der Erlös nicht ohne weiteres in das Eigentum des Gläubigers übergeht, sondern daß er an die Stelle der Sache tritt. Daher kann nach seiner Anschauung der Eigentümer ihn mit der rei vindicatio zurückfordern, solange er unvermischt ist; nach der Vermischung oder Ausgabe durch den Gläubiger sollen dem früheren Eigentümer die Ansprüche aus §§ 951, 816 BGB. zustehen. Die scharfsinnige kleine Schrift (nur 24 Seiten), die nebenher noch eine Reihe weiterer wichtiger Fragen streift, kann zur Orientierung für den Praktiker bestens empfohlen werden. von der Pfordten.

Goldmann, Dr. Ernst, Amtsrichter. Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart. Berlin 1906, Verlag von Otto Liebmann. Brosch. Mk. 0.70.

Die kleine, in leichtflüssigem Stile gehaltene Schrift legt in einer von jeder Uebertreibung freien Weise dar, wie sich der Richter an der Lösung der sozialen Aufgabe im Beruf und im Privatleben beteiligen kann. Hierbei wird insbesondere ein tätiges Eingreifen des Vormundschaftsrichters zum Zwecke der Unterstützung der Vormünder, Pfleger und Verwandten des Mündels empfohlen. Wenn auch den

Ausführungen des Verfassers im allgemeinen zugestimmt werden kann, so soll doch eine Hinweisung darauf nicht unterlassen werden, daß jedes Ding zwei Seiten hat. Der Vormundschaftsrichter darf nicht übersehen, daß er seine Vormünder zur Unselbständigkeit und Bequemlichkeit erzieht, wenn er — wie dies häufig geschieht — jedes wichtige Geschäft selbst besorgt. Durchaus beizustimmen ist dem Verfasser da, wo er Stellung gegen die Auffassung nimmt, als dürfe der rechtsprechende Richter zugunsten sozialer Erwägungen das positive Recht durchlöchern.

von der Pfordten.

Reidel, J., Bezirksamtmann. Sämtliche Entscheidungen des Reichsgerichts, der deutschen Verwaltungsgerichte und Oberlandesgerichte usw. auf dem Gebiete der Krankenversicherung. Gesammelt und nach dem System des Krankenversicherungsgesetzes geordnet, mit dem vollständigen Gesetzestext und mit 3 Registern. 1. Ergänzungsband. Enthaltend die Entscheidungen bis 1904. Gießen 1906, Verlag von Emil Roth. Brosch. Mk. 8.—, gebd. Mk. 10.—.

Diese Sammlung ergänzt den IX. Teil der von Oberlandesgerichtsrat Otto Fuchsberger herausgegebenen Entscheidungen. Die übersichtliche Anordnung dieser Zusammenstellung ist bekannt. Die einzelnen Erkenntnisse sind mit großer Ausführlichkeit — vielfach auch mit eingehender Wiedergabe des Tatbestands — abgedruckt. Die vorausgeschickten Angaben des wesentlichen Inhalts der Entscheidungen sind vorsichtig gefaßt. Zu rühmen ist auch der außerordentlich deutliche Druck.

P.

Notizen.[1])

Die Vollzugsvorschriften zum Erbschaftssteuergesetze vom 3. Juni 1906 sind nunmehr im GVBl. vom 14. August 1906 S. 509 ff. veröffentlicht. Besondere Beachtung bei den Justizbehörden verdient § 6, der genauere Anordnungen darüber trifft, in welcher Weise Verfügungen von Todes wegen den Erbschaftssteuerämtern bekannt zu geben sind. Die Regel soll die Uebersendung der Nachlaßakten nach Eröffnung der Verfügung bilden, doch bleibt es dem Gericht unbenommen, zuvor noch die im Eröffnungstermine nicht erschienenen Beteiligten zu hören, wenn es ohne wesentliche Verzögerung geschehen kann, und wenn ihre Erklärungen — über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft — für das Rentamt von Belang sein können. Die Uebersendung soll mit gesondertem Schreiben (Form. I S. 525) erfolgen. Hierbei soll das Rentamt auch auf etwaige Bedenken gegen die Gültigkeit der Verfügung aufmerksam gemacht werden, was vor allem bei eigenhändigen Testamenten und Dorftestamenten von Wichtigkeit ist. Erfolgt die Mitteilung an ein nichtbayerisches Erbschaftssteueramt oder sind die Nachlaßakten beim Gericht unentbehrlich (Anhängigkeit eines dringlichen Erbscheinsverfahrens, Notwendigkeit der Vernehmung zahlreicher Beteiligter durch ersuchte Gerichte), so ist eine beglaubigte Abschrift der Verfügung zu übersenden. (Form. II S. 527.) Hierbei wird es, wie das Formular andeutet, zweckmäßig sein, einen Auszug aus dem Protokoll über die Eröffnung beizulegen, der insbesondere auch die Erklärungen über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft zu enthalten haben wird. Unzulässig ist es, die Urschrift einer letztwilligen Verfügung den Nachlaßakten zu entnehmen und gesondert zu versenden.

Der Notar hat nur ausnahmsweise eine Mitteilung über Verfügungen von Todes wegen zu machen, nämlich in dem seltenen Falle, daß er die Verfügung eines Ausländers eröffnet hat, die nicht an ein bayerisches Gericht abzuliefern ist. In der Regel liegt die Mitteilung den Amtsgerichten ob, an die nach § 40 der Nachlaßordnung die Verfügung abzugeben ist. § 40 Abs. 1 Satz 2 der Nachlaßordnung wird insoferne geändert, als künftighin bei Verkündung eines Teiles einer Verfügung dem Amtsgerichte zwei Abschriften des verkündeten Teiles zu übersenden sind, deren eine das Amtsgericht zu der vorgeschriebenen Mitteilung benützt.

Hinsichtlich der vor dem 3. Juni 1906 erfolgten Todesfälle bewendet es bei den Vorschriften des § 8 der Bekanntmachung vom 27. Dezember 1899 in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Dezember 1902 (JMBl. 1903 S. 226) (s. § 29 der Vollzugsvorschriften letzter Absatz).

Die Dienstverhältnisse des Kanzleipersonals bei den Notariaten erfahren eine teilweise Neuregelung durch eine in Nr. VIII des JMBl. S. 220 veröffentlichte Novelle zu der Bekanntmachung vom 1. Mai 1901 (JMBl. S. 341). Die auf die Kanzleibeamten der Notariate bezüglichen Vorschriften haben eine eigentümliche Rechtsnatur. Sie sind dienstrechtliche Vorschriften und schaffen dienstliche Verpflichtungen der Notare gegenüber dem Staat hinsichtlich der Regelung der Dienstverträge der Gehilfen. Diese Verträge selbst gehören nicht dem öffentlichen Rechte an, sondern dem bürgerlichen Rechte, weil die Notariatsgehilfen Privatbeamte der Notare sind. Den Notaren aber ist durch die beiden (auf Grund des Art. 129 des NotG. erlassenen) Bekanntmachungen vom 1. Mai 1901 und 9. August 1906 die Pflicht auferlegt, Dienstverträge mit den Gehilfen nur mit einem bestimmten Inhalte zu schließen. Die neuen Vorschriften werden die Verhältnisse der Notariatsgehilfen festigen und wesentlich verbessern. Die Neuerungen betreffen insbesondere die Höhe der Entlohnung (§ 7 Abs. 2), den Ort, die Zeit und die Dauer der Arbeitsleistung (§ 7 d), die Erteilung des Urlaubs (§ 7 e), die Fälle der Verhinderung des Bediensteten durch Krankheit und militärische Uebungen (§§ 7 f, 8, 14 c) und die Kündigung (§§ 14 bis 14 e).

Die Anzeigen der Standesbeamten an die Amtsgerichte über Todesfälle, die auf Grund des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 9. August 1902 (das Nachlaßwesen betr.) zu erfolgen haben (Bek. vom 18. Dezember 1899, JMBl. S. 578), sollen künftighin auch die Nummer des Sterberegisters angeben. Die vorgeschriebenen Formulare werden entsprechend ergänzt (Bek. vom 6. August 1906, JMBl. Nr. VIII S. 219). Diese Neuerung ist dadurch veranlaßt worden, daß nach § 4 der AusfBek. d. VR. z. ErbschStG. (s. GVBl. S. 235 ff.) die Amtsgerichte künftighin den Rentämtern u. a. auch die Sterberegister-Nummer mitzuteilen haben.

Form des eigenhändigen Testaments (BGB. § 2231). In den Abhandlungen auf S. 56 und 77 ff. des 1. Jahrgangs dieser Zeitschrift wurde die Frage erörtert, ob bei der Errichtung eines eigenhändigen Testamentes die Angabe einer Straße eine genügende Bezeichnung des Ortes der Errichtung sei. Das Kammergericht hat kürzlich diese Frage verneint (ZBlFG. VII S. 71), auch für den Fall, daß aus der Benennung der Straße, des Hauses und des Stockwerks im Testamente die Ortschaft, innerhalb deren das Testament niedergeschrieben wurde, festgestellt werden kann. Die Bedenken gegen diese Auffassung, die in der Abhandlung S. 77 ff. des 1. Jahrgangs entwickelt worden sind, sind in dem Beschlusse des Kammergerichts nicht widerlegt.

[1]) In der nächsten Nummer wird eine Notiz über die Neuerungen im Gebührenwesen veröffentlicht werden, die die Novelle vom 20. Aug. 1906 gebracht hat.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.

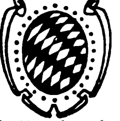
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 19. München, den 1. Oktober 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ueber die sogenannte Einheitshypothek.

Von Bankdirektor **Friedrich Bonschab** in München.

Ueber die Umwandlung mehrerer Hypotheken in eine sog. Einheitshypothek ist im laufenden Jahrgang dieser Zeitschrift S. 320 ein Beschluß des Bayer. ObLG. vom 5. Juli l. J. veröffentlicht, auf dessen weittragende Bedeutung bereits von dem Einsender in einer Anmerkung hingewiesen wurde. Es ist daher am Platze, zu untersuchen, ob und inwieweit die Gründe zutreffen, auf welche der oberstrichterliche Beschluß sich stützt.

Die sog. Einheitshypothek ist, wie der auf S. 231 des heurigen Jahrgangs dieser Zeitschrift mitgeteilte Beschluß des Landgerichts München I vom 30. Dezember 1905 zutreffend hervorhebt, ein Gebilde der Praxis, und zwar einer seit vielen Jahrzehnten im Gebiete des bayerischen Hypothekenrechts von den Hypothekenämtern und der Rechtsprechung der oberen Gerichte geübten und gebilligten Praxis. Die Form der Einheitshypothek war bisher unter der Geltung des alten bayerischen Hypothekenrechts für den Schuldner eines Annuitätendarlehens wirtschaftlich nicht minder nötig wie für die derartige Darlehen gewährenden Hypothekeninstitute.

Sowohl von Seite der städtischen als auch insbesondere von Seite der ländlichen Darlehensschuldner kommt immer und immer wieder das Verlangen, das Darlehen, das sich durch die bisherigen Abzahlungen auf eine bestimmte Summe gemindert hat, auf den ursprünglichen Schuldbetrag zu erhöhen. Schon aus der Häufigkeit dieses Begehrens, das sich bei dem kleinsten und in schriftlichen Dingen noch so ungewandten Gütler wie beim Großgrundbesitzer findet, und aus der allen diesen Kreisen innewohnenden Idee der Erneuerung des ursprünglichen Amortisationsdarlehens hervorgeht, läßt sich das Bedürfnis der Praxis nach einer diesem Verlangen entsprechenden Form herleiten. Dies Verlangen ist aber dann vor allem wirtschaftlich gerechtfertigt, wenn bereits ein namhafter Teil des ursprünglichen Darlehens abgezahlt ist; es ist unberechtigt, wenn nur geringe Beträge getilgt sind, welche ebensogut durch Ausnützung des Personalkredits beschafft werden können. Denn es fällt hierbei auch ins Gewicht, daß mit der Bildung dieser neuen Darlehenshypothek, der Einheitshypothek, das Prinzip des Annuitätendarlehens insofern durchbrochen wird, als die Tilgung für das neue mit dem Restdarlehen vereinigte Darlehen in voller Summe von neuem beginnt, das Schuldverhältnis damit gewissermaßen konsolidiert wird. Aber es kommen z. B. sehr häufig die Fälle vor, daß mit dem auf Grund der erfolgten Tilgung neu gewährten Darlehen namhafte Verbesserungen an dem Beleihungsobjekt vorgenommen werden — Meliorationen, Neu- und Umbauten —; an dieser Belastung soll der Besitznachfolger, in dessen Interessen sie ja ebenfalls lagen, seinen Anteil haben.

Dazu kommt weiter der bedeutungsvolle Umstand, daß der Schuldner viel leichter Privatkredit sich verschaffen kann, wenn er eine Schuld nur in e i n e m Posten, als wenn er, und wäre es auch für dieselbe Summe, Hypotheken in mehreren Posten und Rangverhältnissen hat. Auf Seite des Gläubigers spricht mit, daß die Verwaltung des Guthabens natürlich auch für ihn einfacher ist bei e i n e r Schuld und — was wohl zu beachten — daß das Vollstreckungsverfahren bei Vorliegen nur eines Schuldtitels sich ebenfalls einfacher gestaltet.

Stellt sich die Einheitshypothek wirtschaftlich demnach als eine Notwendigkeit für den Realkredit dar, so ist es für unser altes Hypothekenrecht ein schmeichelhaftes Zeugnis, daß es eine so feine Anpassungsfähigkeit an die Bedürfnisse des Verkehrs in sich barg. Es dürfte nicht unangebracht sein, an einem Beispiele zu zeigen, wie sich eine derartige Darlehenserneuerung im einzelnen abspielt, wodurch sich von selbst dann die Frage nach der rechtlichen Beurteilung des Vorgangs beantwortet. Angenommen, ein Annuitäten-Kapital von ursprünglich 6700 Mk. sei durch Zins- und ½ %ige Annuitätsraten auf 6012.64 Mk. ge-

mindert und der Schuldner stellt das begründete Verlangen, das Kapital auf den ursprünglichen Nominalbetrag zu erhöhen. Zu diesem Zwecke ist vorerst der noch bestehende Rest von 12.64 Mk. baar zu tilgen (denn in das Pfandbriefsystem passen nur gerade durch 100 ohne Bruch teilbare Beträge); somit hat der Schuldner durch Annuitätenzahlung den Betrag von 687.36 Mk., durch freiwillige Rückzahlung den Betrag von 12.64 Mk. getilgt, so daß noch ein Kapitalrest von 6000 Mk. besteht. In der zu errichtenden Schuldurkunde hat — und es sei vorerst immer nur von dem bayer. Hypothekenrechte die Rede — der Schuldner zu bekennen, daß er neuerdings zu dem Restdarlehen ein Darlehen von 700 Mk. erhalten hat und er hat zu beantragen, daß dieses Darlehen im Gleichrang mit dem Darlehen von 6000 Mk. eingetragen und in einem Posten als Einheitshypothek eingetragen werde. Die Bank wird den getilgten und den freiwillig zurückbezahlten Betrag zur Löschung bewilligen und unter Löschung des Effektivrestes des bisherigen Darlehens dessen Zusammenlegung mit dem neuen Darlehen in eine Einheitshypothek zustimmen.

Dieser Vorgang qualifiziert sich demnach als eine teilweise Hypothekerneuerung im Sinne des § 84 des Hypothekengesetzes.

Die Banken haben nun ausnahmslos zu ihren Gunsten den Rangeinräumungsverzicht seitens ihrer Schuldner bedungen; dieser Verzicht ist natürlich hier gegenstandslos. (Die altehrwürdige Streitfrage, ob die Zustimmung der Nachhypothekare hierzu notwendig ist, wollen wir beruhen lassen.) Die neu bestellte Hypothek von Mk. 700 würde an und für sich (cf. hierzu Regelsberger, 2. Aufl. S. 277) der bisherigen Hypothek im Range nachgehen; da aber der Gläubiger beider Posten der nämliche ist, kann er ohne weiteres auch den Gleichrang vereinbaren. Aus dem wirtschaftlichen, aber auch rechtlichen Bedürfnis entstanden ist die Zusammenfassung dieser beiden Hypotheken in eine Hypothek, die Verbindung zweier Schuldposten zu einem. Die Anerkennung dieser Rechtsbildung erfolgte, soweit veröffentlicht, zuletzt in einem Beschlusse des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 17. Juli 1895 (cf. Bl. f. RA., 13. Erg.-Bd. S. 382): „Die Vorinstanz hat mit vollem Rechte und ohne Verletzung der Vorschriften des Hypothekengesetzes die Anschauung ausgesprochen, daß der Eintragung der Einheitshypothek mit dem in der 3. Rubrik ausgeworfenen Gesamtbetrage von Mk. 6900.— der von der Beschwerdeführerin verweigerte Antrag auf Löschung des älteren Eintrags vorhergehen müsse, weil der ältere Eintrag als im neu geschaffenen Rechtsverhältnis und im neuen Eintrag aufgehend mit letzterem sich nicht mehr verträgt."

Auch für das Recht und das Wirtschaftsleben des BGB. hat der bereits zitierte Beschluß des Landgerichts München I Möglichkeit und Notwendigkeit der Einheitshypothek anerkannt. Der Oberste Bayer. Gerichtshof stellt sich im Gegensatze hierzu auf den Standpunkt, daß die Einheitshypothek nach dem BGB. rechtlich unmöglich ist. Wenn man den Gründen dieser Entscheidung nachgeht, so beruht sie im wesentlichen auf der Erwägung, daß einmal der Antrag, eine Hypothek zu löschen, die fortbestehen soll, einen inneren Widerspruch enthält und dann, daß eine Vereinigung mehrerer Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek im BGB. nicht vorgesehen ist, weil sie für den Bereich des Grundbuchrechts keinen sachlichen Zweck hat. Wie würde sich nun die Umwandlung in eine Einheitshypothek nach neuem Recht gestalten, ohne Rücksicht auf die eben angeführte Entscheidung, aber möglichst analog dem bisherigen Verfahren? Hinsichtlich der durch die Annuitätenzahlungen getilgten Beträge ist nach der nun vom Reichsgericht und auch vom bayer. Obersten Landesgerichte vertretenen, nach meiner Ueberzeugung unzutreffenden Anschauung (cf. hierzu Staudinger-Kober, III. Bd. § 1178 Anm. 1 b und die zitierten Schriftsteller und Entscheidungen) eine Eigentümerhypothek im engeren Sinne, d. h. eine Grundschuld geworden; in diese verwandelte sich auch die Hypothek hinsichtlich der — um bei dem früher angewandten Beispiele zu bleiben — zurückbezahlten Mk. 12.64. Für diesen Fall hat sich der Regel gemäß der Schuldner der gläubigerischen Bank gegenüber zur Löschung der Eigentümerhypothek im Hinblick auf § 1179 BGB. verpflichtet. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Gläubiger auf dieses Recht, die Löschung der Eigentümerhypothek zu verlangen, verzichten kann. Der Eigentümer müßte weiterhin die Umwandlung der so entstandenen Grundschuld in eine Buchhypothek erklären (wozu Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner unbedingt erforderlich ist [cf. Staudinger-Kober a. a. O. zu § 1198]), er müßte dann den Antrag stellen, die Vereinigung der beiden Posten in einen Posten vorzunehmen — ob er auch Löschungserklärung über den nach Löschung der 700 Mk. noch bleibenden Rest von Mk. 6000 abzugeben hat, bleibt vorerst offen —; der Gläubiger hat seinerseits die Mk. 6000 zur Löschung zu bewilligen und dem Antrage auf Vereinigung der beiden Hypotheken in eine Hypothek sich anzuschließen.

Die wesentliche Frage bleibt demnach: a) ist der Antrag auf Vereinigung zweier Hypothekeinträge zu einer Summe, b) ist die dadurch notwendige Löschung des Restbetrags der nach Abzug der Tilgung und freiwilligen Rückzahlung verbleibenden Hypothek nach BGB. zulässig oder nicht?

Behufs Prüfung der Frage, ob die Einheitshypothek nach BGB. möglich und zulässig sei, muß auf die Entstehungsgeschichte der Eigentümerhypothek zurückgegangen werden. Hierüber

findet sich einschlägiges Material in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. III S. 594 § h, S. 721 Nr. 2c und S. 726 ff. Es war unter den Anträgen für die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek u. a. die folgende Vorschrift vorgesehen (§ h [1102] pag. 594 l. c.): „Der Eigentümer, welchem eine Hypothek an dem belasteten Grundstücke zusteht, kann an die Stelle der gelöschten Hypothek zum Betrage derselben zugleich mit der Löschung eine andere oder mehrere andere Hypotheken eintragen lassen ..."; weiterhin (cf. S. 721 Ziff. 2c l. c.) lag ein Antrag vor, eine Vorschrift folgenden Inhalts aufzunehmen: „Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Zustimmung zur Aufhebung einer Hypothek mit dem Vorbehalt erteilen, daß er das Recht behält, den Rang der Hypothek einer anderen Hypothek von gleichem Betrage einzuräumen ...". Es ist von Interesse, die Ausführungen über die Beratung dieser Anträge hier mit den Worten der Protokolle wiederzugeben:

„Der § h will durch eine ausdrückliche Bestimmung dem Eigentümer gestatten, bei der Löschung einer ihm zustehenden Hypothek eine oder mehrere andere Hypotheken bis zum Betrage der gelöschten Hypothek eintragen zu lassen (vgl. Bayer. HypG § 84). Der Antrag 2c will dem Eigentümer die Befugnis geben, die zur Aufhebung einer Hypothek an seinem Grundstück erforderliche Zustimmung mit dem Vorbehalte zu erteilen, daß er das Recht behält, den Rang der Hypothek einer anderen Hypothek von gleichem Betrage einzuräumen."

„Zur Begründung des Antrags 2c wurde von dem Antragsteller geltend gemacht:

Es genüge nicht, daß die Eigentümerhypothek oder eine zur Sicherung einer anderen Forderung bestimmte Hypothek mit einer neuen Forderung verbunden werde; es müsse auch möglich sein, den Rang einer aufzuhebenden Hypothek einer anderen Hypothek von gleichem Betrage vorzubehalten. Ein Bedürfnis hierfür mache sich namentlich dann geltend, wenn an die Stelle mehrerer im Range unmittelbar aufeinander folgenden Hypotheken eine einzige Hypothek im Gesamtbetrage der bisherigen Hypotheken gesetzt werden solle. Dies könne wünschenswert erscheinen, um einen neuen Begründungsakt für die Hypothek vornehmen zu können und ein einheitliches Hypothekendokument zu schaffen. Der bei einem solchen Vorbehalt Beteiligte sei einzig und allein der Eigentümer. Der bisherige Gläubiger, welcher die Löschung bewillige, gebe sein Recht auf; die gleich- oder nachstehend Berechtigten würden nicht berührt, weil sie kein Recht darauf hätten, daß der Eigentümer zu ihrem Vorteile der Aufhebung der Hypothek zustimme.

Zur Begründung des § h wurde im wesentlichen auf das im vorstehenden Ausgeführte Bezug genommen, in Abweichung hiervon jedoch geltend gemacht, die vorgeschlagene Regelung sei im Interesse der Uebersichtlichkeit der Verhältnisse des Grundbuchs auf den Fall zu beschränken, daß die Eintragung der neuen Hypothek gleichzeitig mit der Löschung der früheren Hypothek erfolge.

Die Mehrheit hat bei der Ablehnung beider Anträge erwogen:

„Die Anträge bezweckten, durch eine besondere Vorschrift die Löschung einer Hypothek unter gleichzeitiger Eintragung einer neuen Hypothek zu derselben Stelle oder unter dem Vorbehalt einer solchen Eintragung zuzulassen. Ein dringendes praktisches Bedürfnis sei für eine derartige Sonderbestimmung nicht nachgewiesen. Es sei deswegen richtiger, davon Abstand zu nehmen, zumal da ein sicheres Verfahren, welches die Gewähr dafür biete, daß die Sondervorschrift nicht den Anlaß zu einer Verwirrung der Grundbuchverhältnisse und zu Betrügereien (!) biete, von den Antragstellern nicht in Vorschlag gebracht worden sei."

Nach diesen Darlegungen muß davon ausgegangen werden, daß im BGB. eine Bestimmung, durch welche die Löschung einer Hypothek als formeller Vorgang unter gleichzeitiger Eintragung einer neuen Hypothek an derselben Stelle im Gesamtbetrage der gelöschten Hypothek ermöglicht werden sollte, mit Absicht nicht getroffen wurde, und daß somit das Institut der Hypothekerneuerung, dessen gesetzliche Sanktionierung erstrebt wurde, direkt ausgeschlossen werden sollte. Angesichts dieser Tatsache und der so geschaffenen Rechtslage ist es auch unmöglich, die Hypothekerneuerung mit dem Versuche wieder einzuführen, die Löschung der verbleibenden Resthypothek als einen lediglich formalen Akt zu behandeln; es kann daher auch dem Beschlusse des Landgerichts München I (diese Zeitschrift 2. Bd. S. 231) in seiner Auslegung des § 875, welcher seine Bedeutung für die Fälle, wenn das aufzuhebende Recht eine Hypothek ist, durch § 1183 erhält, nicht beigepflichtet werden.

Im bayer. Hypothekenrecht konnte man die Löschung der Resthypothek als einen formalen Akt ohne Bedenken erklären; das Institut der Eigentümerhypothek im Verein mit der bewußten Unterlassung einer Bestimmung für die Behandlung der Einheitshypothek schließt einen ähnlichen Vorgang aus. Zu der nämlichen Folgerung gelangen auch Staudinger-Kober, 2. Aufl. III. Bd. Anm. 3ab zu § 1180 und Turnau-Förster I. Bd. § 1180 Ziff. I Abs. 2.

Man möchte nun allerdings angesichts dieses für den Realkredit sehr einschneidenden und insbesondere den Interessen des Schuldners sehr nachteiligen Ergebnisses meinen, daß die Unmasse von starrem Formalismus, die im BGB. aufgestapelt ist (es sei nur an den § 416 erinnert, der erst durch eine verständige Rechtsprechung den Bedürfnissen der Praxis angepaßt wurde), nicht imstande sei, die notwendigen Ergänzungen auszuschalten, welche der stets nach neuen Betätigungsformen strebende Handel und Wandel herausbilden, zumal da nicht in Abrede gestellt werden kann, daß die Begründung der Ablehnung der in der 2. Kommission gestellten, oben wiedergegebenen Anträge recht unglücklich und mangelhaft ist.

Allein ohne daß man sich dem Vorwurf des Motivenkultus aussetzt, muß man eben als feststehend betrachten, daß es die Absicht des Gesetz-

gebers war, das Gebilde der Einheitshypothek auszuschließen, daß diese Absicht aber auch unzweideutig zum Ausdruck gebracht ist. Es tritt eben auch hierbei wieder deutlich in die Erscheinung, wie teuer die Rechtseinheit erkauft ist und wie viele vortreffliche Normen des einheimischen Rechts abgeschafft wurden, ohne daß an deren Stelle etwas Besseres gesetzt wurde. In dem uns beschäftigenden Falle wird es künftighin auch nicht möglich sein, für die durch Annuitäten getilgten Beträge auf dem Wege des § 1180 Abs. 1 BGB. eine neue Forderung zu setzen; denn die jeweils bereits erfolgte Entstehung der eventuell verschiedenen Eigentümerhypotheken schließt die Anwendbarkeit des § 1180 ja direkt aus; hieran zeigt sich aber auch das Unrichtige und Bedenkliche der stets von mir bekämpften Ansicht der Entstehung einer Eigentümerhypothek für jede Annuitätsrate.

Würde der Ausweg gewählt werden, auf die bestehende Resthypothek seitens des Gläubigers zu verzichten, wodurch eine Grundschuld entsteht, und diese Grundschuld mit dem getilgten Betrage in eine Hypothek umzuwandeln, so würde dem entgegenstehen, daß der Zweck der Gebührenersparung damit nicht erreicht würde, da für die Umwandlung dieser Grundschuld die Gebühr des Art. 155 des Gebührengesetzes anfallen würde. Die Unzulässigkeit einer Zusammenlegung mehrerer Hypotheken ergibt sich des weiteren aber auch aus § 66 GBO., zumal die Hypothekeninstitute überwiegend nur Buchhypotheken sich bestellen lassen.

Nun ist bereits von Kretzschmar ein Ausweg gesucht worden und er führt im Sächs. Arch. für Rechtspflege 1. Jahrgang 1906 S. 1 ff. ungefähr folgendes aus: Angenommen, für die Gläubigerin ist eine Buchhypothek von 6000 Mk. eingetragen, die geleistete Abzahlung beträgt 1000 Mk.; man möchte meinen, da zu dem Betrage von 1000 Mk. die Hypothek von dem Eigentümer erworben wurde, es müsse zunächst die teilweise Umwandlung der Hypothek zur Eigentümergrundschuld im Grundbuch verlautbart und dann dem Gläubiger diese Eigentümergrundschuld unter gleichzeitiger Rückverwandlung in eine Hypothek für die neue Darlehensforderung von 1000 Mk. abgetreten werden. Dies sei unnötig durch die Vorschrift des § 1180 Abs. 1 BGB.; das Gesetz scheint zwar nach seinem Wortlaut vorauszusetzen, daß die Forderung, für welche die Hypothek eingetragen ist, noch besteht und daß also die Hypothek noch als solche besteht und nicht, wie hier, durch Erlöschen der Forderung zur Eigentümergrundschuld geworden ist. Dies sei jedoch ein formalistischer Standpunkt; man könne nur verlangen, daß die Hypothek noch als für die Forderung bestehend eingetragen ist.

„Denn den Hauptfall wird gerade der bilden, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt wurde, zum Erlöschen gekommen und die Hypothek so für die Sicherstellung einer anderen Forderung, sei es des bisherigen oder eines davon verschiedenen Gläubigers frei geworden ist; jedenfalls gilt für den Grundbuchrichter die Forderung und mit ihr die Hypothek als bestehend, solange die Hypothek noch als solche eingetragen ist; erst die durch Berichtigung des Grundbuchs kundbar gemachte Umwandlung der Hypothek zur Eigentümergrundschuld schließt die Anwendung des § 1180 BGB. aus."

Gläubiger und Schuldner hätten darnach in öffentlich beglaubigter Form ihr Einverständnis darüber zu erklären, daß für die bisherige Hypothekenforderung in Höhe von 1000 Mk. eine neue Darlehensforderung von 1000 Mk. zu treten hätte und auf Grund dieser Erklärung wäre die Eintragung der bezüglichen Rechtsänderung herbeizuführen.

„Das Erfordernis der Eintragung fällt aber weg, wenn es möglich ist, aus Anlaß der neueren Darleihung von 1000 Mk. die ursprüngliche Forderung wieder zum vollen Betrage herzustellen; diese Möglichkeit bietet der Schuldanerkenntnisvertrag des § 781 BGB. Erteilt der Schuldner der Gläubigerin das schriftliche Anerkenntnis, daß er nach erneuter Darleihung der von ihm früher abbezahlten 1000 Mk. das ursprüngliche Darlehen wieder zum vollen Betrage von 6000 Mk. schulde, so sind alle Voraussetzungen für die Gültigkeit der Hypothek vorhanden. Denn es kann keinem begründeten Bedenken unterliegen, daß durch ein solches Schuldanerkenntnis die ursprüngliche Forderung der Gläubigerin zum vollen Betrag wiederhergestellt wird (Mot. 2, 692: Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und den Schuldanerkenntnissen im ArchZivPrax. 97, 250 ff., 268 ff.); mit der Wiederherstellung der Forderung aber wird ohne weiters das durch die Abzahlung der 1000 Mk. unrichtig gewordene Grundbuch wieder richtig."

Dieser Versuch, eine Hypothek auf Darlehen zu erstrecken, die nach erfolgter Leistung von Abschlagszahlungen gewährt werden, wirkt außerordentlich bestechend, ist aber bei näherer Betrachtung doch nicht gangbar. Die Auslegung des § 1180 Abs. 1, wie sie Kretzschmar gibt, kann nicht als zutreffend erachtet werden. Der § 1180 Abs. 1 Satz 1 bestimmt: „An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden." Es ist daher hier ausdrücklich vorausgesetzt, daß die ursprüngliche Forderung neben der für sie bestellten Hypothek noch besteht; denn andernfalls wäre die Vorschrift des § 1180 ja entbehrlich gewesen mit Rücksicht auf § 1163, 1168, 1177 u. 1198 BGB. Es ist nicht richtig, daß man nur zu verlangen habe, daß die Hypothek noch als für die Forderung bestehend eingetragen ist.

Die Denkschrift S. 671 bemerkt im Anschluß an die Protokolle der 2. Lesung S. 726:

„In engem Zusammenhang mit den Vorschriften über die Eigentümerhypothek steht die Vorschrift des § 1180, der zufolge an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden kann. Die Beteiligten können dieses Ergebnis auch in der Weise erreichen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die für ihn dadurch nach § 1168 entstehende Eigentümergrund-

schuld gemäß § 1198 in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt. Die Vorschrift des § 1180 erspart ihnen einen solchen Umweg."

Das heißt doch: der Gläubiger braucht nicht erst auf die Hypothek zu verzichten, sondern er kann ohne diesen Umweg direkt an die gegenwärtige Forderung durch gegenseitige Einigung eine andere Forderung setzen. „Es wandert in Wirklichkeit die Hypothek von einer Forderung zur anderen; die Forderungen bleiben, was sie waren und wo sie waren". (Staudinger-Kober § 1180 Anm. 4 b im Anschluß an Hachenburg.) Daß diese Auslegung richtig ist, geht aus der Vorschrift des Abs. 2 des § 1180 hervor; würde es nicht notwendig sein, daß die ursprüngliche Forderung noch besteht, so wäre nicht abzusehen, warum noch die Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers verlangt wird. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch eine Entscheidung in Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 8.

Unzutreffend und nicht verwertbar ist gerade im Hinblick auf Annuitätsdarlehen die gegenteilige Ansicht; denn hier entsteht ja — ein Verzicht des Gläubigers nach § 1168 steht überhaupt nicht in Frage — ohne weiteres nach vorläufig maßgebender Ansicht Eigentümerhypothek und der Weg des § 1180 ist daher hierbei von vorneherein nicht gangbar.

An das Erfordernis der Eintragung soll nun nach dem weiteren Vorschlage Kretzschmars die ursprüngliche Forderung aus Anlaß der neueren Darleihung wieder zum vollen Betrage durch das Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. hergestellt werden können. Auch dem kann keinesfalls beigestimmt werden.

„Gleichgültig ist — so sagen die Motive zu § 683 des I. Entw. (cf. Mugdan, Materialien II. Bd. S. 384 ff.) — ob das Schuldverhältnis, in Beziehung auf welches der Vertrag abgeschlossen wird, sich in Bestimmungen des Obligationenrechts oder anderer Teile des Gesetzbuchs gründet. Ueber den Vertrag, durch welchen der eine Teil dem anderen gegenüber ein Rechtsverhältnis nicht obligatorischer Natur als bestehend anerkennt, gibt der Entwurf keine Bestimmung. Einem solchen Anerkenntnisse kann selbstverständlich nicht allgemein die Wirkung beigelegt werden, daß es das fragliche Rechtsverhältnis selbst zur Entstehung bringe. Aus den einzelnen Teilen des Gesetzbuchs ist zu entnehmen, welche Wirkung einem derartigen Anerkenntnisse zukommt und insbesondere welche Rechtsverhältnisse in ihrem Bestande oder Nichtbestande der Privatdisposition der Parteien, also auch einem Anerkenntnisvertrage entzogen sind, ob und welche formalen Erfordernisse neben der Willenserklärung der Parteien behufs der Entstehung bestimmter Rechtsverhältnisse zu erfüllen sind."

Diese Leitsätze blieben für die Ausgestaltung des jetzigen § 781 maßgebend; sie fanden in den Protokollen noch dahin Ausdruck, daß die Zulassung eines objektiv wirkenden Anerkenntnisses, welches den für die Herstellung des anerkannten Rechtszustandes geltenden Erfordernissen nicht Genüge leiste, sich auch mit den Gedanken in Widerspruch setze, auf welchen die Aufstellung des neben der Willenserklärung der Parteien stehenden weiteren Erfordernisses beruhe. Darnach aber erhellt ohne weiteres, daß die Ansicht, es genüge lediglich das Schuldanerkenntnis des § 781 zur Wiederherstellung der ursprünglichen Forderung und das Erfordernis der Eintragung komme in Wegfall, nach beiden Richtungen abwegig ist und für den Gläubiger höchst gefährlich werden könnte. Denn zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte ist neben der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils auch die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, ebenso aber auch für Aenderungen des Inhalts eines Rechts: §§ 873 und 877 BGB. Da aber das Anerkenntnis, daß eine Forderung im Betrage von Mk. 1000 getilgt und daß für diesen Betrag ein neues Darlehen gewährt ist, eine teilweise Aufhebung und eine teilweise Neubegründung eines Rechts an dem Grundstücke in sich begreift, da ferner für die Verhältnisse und Formen der Aenderungen des Inhalts eines Rechts das Sachenrecht des BGB. bestimmte, der Privatdisposition der Parteien entzogene Vorschriften gibt, so muß die Anwendung des Schuldanerkenntnisvertrages des § 781 BGB. neben den gesetzlichen Normen des Liegenschaftsrechts als unzulässig erachtet werden (cf. hierzu im allgemeinen Bl. f. RA. Bd. 66 S. 1 ff.). Die Form der lediglich schriftlichen Erklärung des Anerkenntnisses widerspricht auch offenbar der Vorschrift des § 781 Satz 2, deren Anwendung sich auf § 873 Abs. 2 BGB. und § 29 GBO. gründet.

Dem steht nicht entgegen, daß „bei der Eintragung im Grundbuch nur ein absolut oder relativ abstraktes Schuldanerkenntnis angegeben werden kann, wenn nur der Grund der Forderung in der Eintragungsbewilligung erschöpfend beschrieben ist" (cf. Turnau-Förster Bd. I S. 556, Staudinger-Kober zu § 1115 Ziff. 5 a und die dort zit. Entsch.); denn diese Möglichkeit bezieht sich nicht auf die Aenderungen der Hypothek durch den Eintritt einer Eigentümerhypothek. Ueberdies wird die ohne Angabe eines Schuldgrundes eingetragene Hypothek zu einer Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 abgeschwächt, der Gläubiger kann sich daher auch nicht auf § 1138 berufen; eine solche Hypothek ist für Hypothekeninstitute, die, wie bereits erwähnt, lediglich an Verkehrshypotheken Interesse haben, unbrauchbar.

Aber auch aus den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke geht hervor, daß das schriftliche Schuldanerkenntnis als solches nicht die Unterlage zur Begründung oder Verfolgung des Rechtsanspruchs aus der Hypothek

bilden kann; dies scheitert an der Bestimmung des § 794 Ziff. 5 ZPO. Im besonderen würde ein solches Schuldanerkenntnis bei Annuitätskapitalien wertlos sein, weil bei diesen mit der Gewährung des neuen Darlehens ja auch die Tilgung des ganzen Darlehens neu zu beginnen hat und es hierfür an jedem geeigneten Vollstreckungstitel fehlen würde.

So bleiben wir bei dem unerquicklichen Ergebnisse, daß die für den Kreditverkehr so notwendige Form der Hypothekerneuerung durch die Vorschriften des BGB. und den Willen der gesetzgebenden Faktoren brachgelegt ist.

Dieses Ergebnis ist um so unbilliger, als es hauptsächlich gegen die wohlbegründeten und hierin mit Recht zu schützenden Interessen des anderweitig für so schutzbedürftig erachteten Schuldners sich richtet und als es im Rahmen des § 1180 ausweislich der Denkschrift für zulässig erklärt ist, an Stelle einer **bestehenden** Forderung auch mehrere, an die Stelle mehrerer Forderungen eine oder mehrere andere Forderungen zu setzen. Dieser Austausch von bestehenden persönlichen Forderungen ist aber nicht minder wichtig als der Ersatz erloschener Hypotheken durch Eintragung einer neuen Hypothek für den bisherigen Gesamtbetrag.

Nachdem dies aber, wie nachgewiesen, bewußt abgelehnt wurde, müssen die Versuche, auf einem Umwege das Institut der Hypothekerneuerung wieder einzuführen, unbedingt scheitern. Es zeigt sich hier, wie bei der Frage der Natur der Annuitätsleistungen, daß gerade bei der Bedeutung dieser Darlehensform spezielle Vorschriften für sie zu treffen notwendig gewesen wäre, wie dies vereinzelt, aber nicht nachdrücklich genug, auch verlangt wurde.

In der den gegenwärtigen Ausführungen zugrunde liegenden Entscheidung des Obersten Landesgerichts sind die Beteiligten zur Abhilfe auf den Weg verwiesen worden, die vereinbarte Bestimmung, daß die beiden Darlehen, für die besondere Hypotheken bestellt sind, einheitlich zu verzinsen und zu tilgen sind, als Aenderung des Inhalts der schon bestehenden Hypothek im Sinne des § 877 BGB. in das Grundbuch einzutragen, womit die Beteiligten sachlich ihre Absicht erreichen würden. Dieser Vorschlag verkennt gerade die Absicht der Parteien und läßt dabei die entstehenden buchhaltungstechnischen Fragen unberücksichtigt.

Die Parteien wollen nicht nur wegen einheitlicher Verzinsung und Tilgung eine einheitliche Hypothek, sondern sie wollen diese Einheitshypothek, um eben nur einen Posten im Grundbuch, die Bank aber auch, um nur einen Posten in ihrem Kapitalbuch zu haben; gerade die Bestellung zweier Hypotheken mit einheitlicher Verzinsung und Tilgung schafft hierbei neue Schwierigkeiten. Bei der Buchung der Durchführung einer Einheitshypothek kommt nämlich folgendes in Betracht:

Für das Restkapital sind Pfandbriefe einer bestimmten Serie, sagen wir Serie III, in Umlauf; die neue mit dem restigen Darlehen zu vereinende Hypothek gründet sich in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle, da später aufgenommen, auf Pfandbriefe einer neueren Serie, z. B. Serie II. Da nun das alte Restdarlehen zur Löschung gelangte und mit dem neuen gewährten Darlehen dieses Restdarlehen in eine Darlehensschuld verschmolzen wurde, aus welcher die Zinsen und Annuitäten unter Neubeginn der Tilgungsperiode zu entrichten sind, so sind die für das Restdarlehen noch im Umlauf befindlichen Pfandbriefe der Serie III aus dem Verkehr zu ziehen und zu amortisieren, wogegen für das Darlehen in seiner nunmehrigen ganzen Höhe Pfandbriefe in dieser Höhe aus der Serie II in den Verkehr gebracht werden.

Es besteht daher nur eine Hypothek, nur ein Vollstreckungstitel, nur eine Zins- und Annuitätenleistung. Bei dem anderen Weg besteht die Resthypothek fort und es besteht eine neue Hypothek, gleichrangig mit ersterer; für letztere wie für erstere beginnt je eine neue Tilgungsperiode; für das bisherige Darlehen und nunmehrige Restdarlehen bleiben aber die ursprünglich ausgegebenen Pfandbriefe in Umlauf, für das neue Darlehen kommt der entsprechende Betrag der laufenden Serie in den Verkehr. Daraus und speziell mit Rücksicht auf den neuen Tilgungsbeginn ergibt sich für das Restdarlehen die mißliche Sachlage, daß es länger bestehen bleibt als die ursprünglich aus der betreffenden Serie in Umlauf gesetzten Pfandbriefe oder umgekehrt, daß ein Teil der Pfandbriefe der bezüglichen Serie früher dem Verkehr zu entziehen ist, als die Tilgungsperiode des Restdarlehens endigt.

Eine einheitliche Verzinsung und Tilgung läßt sich, wie aus dem Vorstehenden folgt, im Sinne der oberstrichterlichen Entscheidung im Kapitalbuch gar nicht zum Ausdruck bringen; denn da die Darlehensposten rechtlich getrennt bleiben und da sie verschiedenen Pfandbriefserien angehören, muß das neue Darlehen auch der bezüglichen neuen Serie entsprechend als neu laufender Darlehensposten zur Buchung gelangen. Daraus erhellt zur Genüge, daß der Vorschlag des obersten Gerichtshofs gerade den von den Parteien erstrebten Zweck nicht erfüllt, sondern das gerade Gegenteil erreicht und nur verwirrend auf die Buchführung wirkt.

Die Behauptung aber, daß die Form der Einheitshypothek für den Bereich des Grundbuchrechts keinen sachlichen Zweck habe, erweist sich auch hiernach als ganz und gar unzutreffend.

Der Sühneversuch in Privatklagesachen.

Von Oberamtsrichter **Kitz** in München.

(Schluß.)

Wie hat die Ladung der Parteien zu erfolgen? Muß in sie die Bezeichnung der strafbaren Handlung aufgenommen werden? Sind die Folgen des Ausbleibens anzudrohen? Darüber fehlt jede Vorschrift. Da es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, ist die Ladung von Amts wegen vorzunehmen. Sie kann mangels näherer Bestimmungen schriftlich oder mündlich erfolgen. Für die schriftliche Ladung sind die Formen der Zustellung nicht erforderlich. Sind sie unter allen Umständen genügend? Reicht insbesondere eine Ersatzzustellung aus? Die Frage ist zu bejahen. Was genügt, um die viel schwereren Säumnisfolgen des Strafprozesses herbeizuführen, muß auch hier ausreichen. Wenn die Form der Zustellung nicht eingehalten wird, muß in anderer Weise für den Nachweis gesorgt werden, daß die Ladung zur Kenntnis des Geladenen gekommen ist. Als Inhalt der Ladung muß genügen die Bezeichnung des Gegners, die Bekanntgabe des Termines und die Aufforderung zu erscheinen. Nicht notwendig, aber zweckmäßig ist die Angabe, welche Folgen das Ausbleiben nach sich zieht und wieweit es zulässig ist, sich im Termine vertreten zu lassen. Das gleiche gilt von der Bezeichnung der Tat. Sie unterbleibt fast immer; das hat aber leicht die Folge, daß der Geladene nicht erscheint, weil er nicht weiß, um was es sich handelt. Es würde genügen, wenn darauf hingewiesen würde, daß die Bezeichnung der Tat aus dem Antrag auf Ansetzung des Termines zu entnehmen ist und daß dieser zu bestimmten Zeiten eingesehen werden kann, auf Verlangen auch abschriftlich mitgeteilt wird. Eine Ladungsfrist besteht nicht. Wenn die zu ladende Person unter der angegebenen Adresse nicht geladen werden kann, ist das dem Antragsteller mitzuteilen; die Vergleichsbehörde kann Nachforschungen anstellen, ist aber dazu nicht verpflichtet.

Ueber Ort und Zeit des Termines fehlt es an jeder Bestimmung. Die Vergleichsbehörde hat völlig freie Hand; nur muß sie unbillige Zumutungen an die Parteien vermeiden. Eine solche könnte darin liegen, daß in einem Falle, in dem ein strenggläubiger Jude einen Sühnetermin beantragt, der Termin absichtlich auf einen jüdischen Feiertag angesetzt wird, an dem er ihn nach den Vorschriften seiner Religion nicht wahrnehmen darf. Im übrigen ist die Ansetzung auf einen Sonntag oder Feiertag keineswegs auszuschließen; sie kann sogar — wenn z. B. die in der gleichen Gemeinde, aber in weit auseinanderliegenden Ortschaften wohnenden Parteien Sonntags zum Besuch des Gottesdienstes zusammentreffen —, zweckmäßig sein. Wo besondere Gründe fehlen, wird allerdings eine Ansetzung auf einen Sonn- oder Feiertag besser vermieden werden, um Weiterungen vorzubeugen.

Im Termine haben sich regelmäßig die Parteien selbst einzufinden. Für geschäftsunfähige oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen müssen die gesetzlichen Vertreter erscheinen. Von diesem Fall abgesehen, ist die Vertretung im Termine nur in beschränkter Weise zulässig. Soweit sie zulässig ist, gelten dafür mangels besonderer Vorschriften die Bestimmungen des BGB. (§§ 164 ff.). Es kann also jede geschäftsfähige Person als Vertreter erscheinen; die Vollmacht bedarf keiner besonderen Form, muß aber nachgewiesen werden.[1]) Der Antragsteller kann sich nur dann vertreten lassen, wenn er die Unmöglichkeit des persönlichen Erscheinens nachweist. Als unmöglich kann das persönliche Erscheinen dann angesehen werden, wenn unüberwindliche Hindernisse vorliegen; wenn das Erscheinen für den Antragsteller nur erschwert ist oder Nachteile mit sich bringt, ist es seine Sache, die Verlegung des Termines herbeizuführen. Wenn der Antragsteller nicht erscheint und nicht in zulässiger Weise vertreten wird, ist der Termin vereitelt, der Antragsteller verwirkt eine Geldbuße von neunzig Pfennig — nicht mehr und nicht weniger — zum Besten der Gemeindekasse, es sei denn, daß sein Ausbleiben genügend entschuldigt ist.[2]) Prozessuale Nachteile erwachsen dem Antragsteller nicht, da er

[1]) Auch Rechtsanwälte können als Vertreter erscheinen. Nach Art. 100 Abs. 1, Art. 144 Abs. 1 der GemO. für die Landesteile rechts des Rheins ist allerdings die Zulassung von Advokaten zu den Sühneversuchen vor den Gemeindevermittlungsämtern ausgeschlossen. Auf die Sühneversuche in Privatklagesachen bezieht sich aber diese Vorschrift nicht; für diese ist keineswegs das gemeindliche Vermittlungsamt als solches zuständig, sondern die nach § 420 StPO. von der Landesjustizverwaltung zu bezeichnende Behörde. Durch Nr. 1 der Bekanntmachung vom 5. August 1879 ist allerdings die Vornahme des Sühneversuchs den gleichen Personen übertragen worden, denen nach der Gemeindeordnung die Ausübung des Vermittlungsamtes zusteht; diese Verbindung ist zweckmäßig, aber nicht notwendig. Demgemäß gilt, was für das gemeindliche Vermittlungsamt vorgeschrieben ist, nicht ohne weiteres auch für die Vergleichsbehörde in Privatklagesachen. Die Vorschriften der Abs. 2 und 3 der Art. 100, 144 der Gemeindeordnung für die Landesteile rechts des Rheins sind durch Art. 80 des AG. z. GVG. für das Vergleichsverfahren in Privatklagesachen als anwendbar erklärt; ohne diese Vorschrift könnten sie keine Anwendung finden. Die Vorschrift in Abs. 1 der genannten Artikel ist also nicht anwendbar. Die Gemeindeordnung für die Pfalz enthält Vorschriften über die gemeindlichen Vermittlungsämter nicht.

[2]) Ob eine genügende Entschuldigung vorliegt, hat die Vergleichsbehörde zu prüfen (Nr. 6 der Bekanntmachung.) Damit ist zugleich ausgesprochen, daß die Vergleichsbehörde die Geldbuße festzusetzen hat. Gegen die Festsetzung ist die Beschwerde zur Aufsichtsbehörde der Gemeinde zulässig; letzte Instanz ist das Ministerium des Innern. Beigetrieben wird die Strafe wie andere Gemeindegefälle. Umwandlung in Freiheitsstrafe ist ausgeschlossen. Wenn nachträglich genügende Entschuldigung erfolgt, ist der Beschluß aufzuheben. (Vgl. Kahr, Komm. z. GemO. S. 835).

ja die Ansetzung eines neuen Sühnetermines verlangen kann.[1]) Der Gegner des Antragstellers kann sich vertreten lassen. Wenn er nicht erscheint und sich auch nicht vertreten läßt, ist der Sühneversuch als erfolglos anzusehen; hierüber ist dem Antragsteller ein Zeugnis zu erteilen. Die Vergleichsbehörde hat zu prüfen, ob ein schuldhaftes Ausbleiben vorliegt. Wenn die Ladung richtig erfolgt ist, wird das Ausbleiben nur dann als entschuldigt angesehen werden können, wenn der Geladene weder selbst erscheinen kann, noch auch in der Lage ist, einen Vertreter zu senden. In einem solchen Falle ist ein neuer Termin anzusetzen, es sei denn, daß der Antragsteller die Sache beruhen lassen will. Nachträgliche Entschuldigung genügt nicht, da keine Möglichkeit besteht, das dem Antragsteller erteilte Zeugnis zurückzunehmen.

Wenn beide Teile erscheinen, ist über die Sache zu verhandeln. Wie weit die Verhandlung auszudehnen ist, steht im Ermessen der Vergleichsbehörde. Zeugen zu laden ist die Vergleichsbehörde nicht berechtigt, wohl aber kann sie Zeugen, die freiwillig zur Aussage bereit sind, vernehmen. Durch die Verhandlung soll vor allem festgestellt werden, worauf sich das Vermittlungsverfahren bezieht. Auf Verlangen des Antragstellers kann das Verfahren auch auf solche Handlungen erstreckt werden, die im Antrag nicht benannt sind. Die Zustimmung seines Gegners ist nicht erforderlich, da dieser keinen Anspruch darauf hat, bestimmte Zeit vor dem Termine zu erfahren, was ihm zum Vorwurf gemacht wird. Es kann auch, wenn beide Parteien erschienen sind, an die Stelle der im Antrage bezeichneten Handlung eine andere gesetzt werden; das ist besonders wichtig, wenn sich herausstellt, daß die im Antrag aufgeführte Beleidigung nicht vorgekommen ist, wohl aber eine andere, oder wenn im Laufe des Verfahrens eine Beleidigung vorkommt. Auch der Gegner des Antragstellers, nicht aber sein Vertreter, kann verlangen, daß Beleidigungen, die der Antragsteller begangen hat, zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden, wenn die Voraussetzungen zur Beantragung eines Sühnetermines vorliegen. Die genaue Bezeichnung der Handlungen im Protokoll ist in solchen Fällen besonders wichtig.

Wenn es zu einer Einigung kommt, ist diese zu Protokoll zu nehmen; dabei ist bestimmt zum Ausdruck zu bringen, wie weit die beiden Parteien auf Rechte, die ihnen nach ihrem Vorbringen zustehen, verzichten wollen. Es ist streitig, ob der Verzicht auf die Erhebung einer Privatklage auch den Verzicht auf die Stellung eines Strafantrages in sich schließt.[1]) Aus diesem Grunde sollte stets, wenn der Wille der Parteien dahin geht, daß strafrechtliche Folgen aus den dem Verfahren zugrunde liegenden Handlungen nicht gezogen werden wollen, die Fassung gewählt werden, daß auf die Stellung von Strafanträgen wie auf die Erhebung von Privatklagen oder Widerklagen wegen dieser Handlungen verzichtet wird und daß die schon gestellten Strafanträge zurückgenommen werden. Wenn die Parteien sich vorbehalten, zivilrechtliche Ansprüche gegeneinander geltend zu machen, ist es zweckmäßig, das ebenfalls ausdrücklich anzuführen.[2]) Kommt eine Einigung nicht zustande, so ist das im Protokoll festzustellen; die nähere Aufzeichnung der Verhandlungen, insbesondere die Angabe der Gründe, aus welchen die Einigung nicht erfolgte, ist nicht nötig.

Ueber den erfolglosen Sühneversuch ist dem Antragsteller ein Zeugnis zu erteilen. Dieses Zeugnis muß bei der Erhebung der Privatklage dem Gerichte vorgelegt werden; es muß so gefaßt sein, daß das Gericht in der Lage ist, zu prüfen, ob wegen der in der Privatklage aufgeführten Handlungen der erforderliche Sühneversuch stattgefunden hat. Vor allem muß es die Parteien genau anführen. Wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen beteiligt sind, soll hinsichtlich jeder ein eigenes Zeugnis ausgestellt werden; jedenfalls sind sie sämtliche namhaft zu machen. Zu einer sicheren Feststellung ist das Gericht ferner nur dann in der Lage, wenn in dem Zeugnis auch die Handlungen, auf die sich das Vermittlungsverfahren bezieht, angegeben sind. Diese Angabe fehlt in den Zeugnissen durchgehends. Das hat dazu geführt, an die Stelle der von Amts wegen stattfindenden Prüfung in dieser Hinsicht ein Rügerecht des Beschuldigten zu setzen; erst wenn dieser bestreitet, daß ein dem Gesetz entsprechender Sühneversuch stattgefunden hat, kommt es zu einer Untersuchung dieser Frage. Das Gericht ist allerdings nicht gehindert, die Sache von Amts wegen aufzugreifen. Wenn es nicht möglich ist, auf Grund der Akten und der zur Sache abgegebenen Erklärung der Vergleichsbehörde festzustellen, daß hinsichtlich der unter Privatklage gestellten Handlungen ein Sühneversuch stattgefunden hat, muß die Privatklage zurückgewiesen werden. Es steht dem Privatkläger frei, einen neuen Sühnetermin zu beantragen und, wenn dieser erfolglos ist, nochmals die Privatklage zu erheben. Die Gültigkeitsdauer des Zeugnisses ist unbeschränkt; es steht nichts im Wege, unter Bezugnahme auf einen Sühneversuch,

---

[1]) Steht es dem Ausbleiben gleich, wenn der Antragsteller sich vor Abschluß der Verhandlung entfernt? Da der Sühneversuch keine bloße Formalität ist, muß die Frage bejaht werden. Allerdings ist der Antragsteller nicht verpflichtet, irgendwelche Erklärung im Termine abzugeben; aber zur Wahrnehmung des Termines ist er verpflichtet.

[1]) Vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Bd. 1 S. 301. Bd. 2 S. 59.

[2]) Welche Bedeutung den sonstigen im Vergleich getroffenen Vereinbarungen zukommt, wie sie durchzuführen sind, unter welchen Voraussetzungen der Vergleich angefochten oder widerrufen werden kann, muß einer besonderen Abhandlung über den Vergleich im Privatklageverfahren vorbehalten werden.



der Jahre zurückliegt, die Privatklage zu erheben. Voraussetzung ist nur, daß sich die gleichen Parteien gegenüberstehen wie im Sühneversuch. Wenn der Antragsteller nach dem Sühneversuch, aber vor Erhebung der Privatklage gestorben ist, kann die Privatklage überhaupt nicht erhoben werden.[1]) Eine Person, die zur Zeit der Vornahme des Sühnetermines einen gesetzlichen Vertreter hatte, kann, wenn sie unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, auf Grund des ihrem Vertreters ausgestellten Zeugnisses die Privatklage erheben; sie war ja auch im Sühneverfahren Partei. Eine unrichtige Bezeichnung, die gerade in diesem Falle häufig vorkommt, schadet nichts. Ein Wechsel in der gesetzlichen Vertretung tut nichts zur Sache; insbesondere kann, wenn die Mutter anstatt des vorübergehend verhinderten Vaters das Sühneverfahren durchgeführt hat, der Vater die Privatklage erheben und umgekehrt. Wenn es sich dagegen um die Beleidigung einer Frau handelt und diese das Sühneverfahren durchgeführt hat, kann nicht auf Grund dieses Verfahrens der Mann die Privatklage erheben; er war im Sühneverfahren nicht Partei und muß, wenn er die Klage erheben will, selbständig ein Sühneverfahren durchführen.[2]) Wenn das Zeugnis über den Sühneversuch verloren gegangen ist, kann eine neue Ausfertigung verlangt werden. Das Verfahren ist gebührenfrei; auch für die Ausstellung des Zeugnisses kommt eine Gebühr nicht zur Erhebung. (Art. 80 des AG. z. GVG. im Zusammenhang mit Art. 100 Abs. 3, Art. 144 Abs. 3 der GemO., für die Landesteile rechts des Rheins; Art. 231 Nr. 17 des GebG.). Zustellungs- und Ladungsgebühren kommen gleichfalls nicht in Ansatz; wohl aber werden für beglaubigte Ausfertigungen und Abschriften die im Art. 222 des GebG. vorgesehenen Gebühren erhoben, auch müssen die Auslagen (besonders Porto-Auslagen) ersetzt werden. Die den Parteien durch das Sühneverfahren erwachsenen Auslagen sind so zu behandeln, als ob sie im Privatklageverfahren erwachsen wären; sie sind also, soweit sie notwendig sind, von der Partei, der im Privatklageverfahren die Kosten auferlegt werden, der Gegenpartei zu ersetzen (§ 503 StPO.). Wenn über die Notwendigkeit der Auslagen oder ihre Höhe Streit entsteht, hat darüber das Gericht zu entscheiden. (§ 496 StPO.) Wenn es nicht zur Erhebung der Privatklage kommt, kann der

[1]) Auch nicht, wenn es sich um Verleumdung handelt. § 433 StPO. bezieht sich nur auf die Fortsetzung schon erhobener Privatklagen, § 189 StGB. nur auf Aeußerungen, die nach dem Tode einer Person über sie gemacht werden.

[2]) In einem Fall hatte eine Frau den Sühneversuch beantragt, im Termin war ihr Mann als ihr Vertreter erschienen und zugelassen worden. Kann nun der Mann die Privatklage erheben? Praktische Erwägungen sprechen für die Bejahung der Frage; es müßte ja sonst nochmal ein Sühneversuch zwischen den gleichen Personen stattfinden. Auch die Frau kann klagen, wenn die Vertretung zulässig war.

Antragsteller von seinem Gegner Ersatz seiner Auslagen nicht verlangen, wohl aber der Gegner des Antragstellers von diesem, wenn der Sühneversuch durch schuldhaftes Ausbleiben des Antragstellers vereitelt worden ist oder wenn er sonst den Nachweis zu erbringen vermag, daß der Antrag auf Ansetzung eines Sühnetermines widerrechtlich gestellt worden ist.[1]) Soweit durch Vereinbarung der Parteien andere Abmachungen getroffen werden, gelten diese. Die Gebühren der Rechtsanwälte, die im Sühnetermine mitgewirkt haben, richten sich nicht nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, da diese nur für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, auf welches die Zivilprozeßordnung, Strafprozeßordnung oder Konkursordnung Anwendung findet, Geltung hat. Wenn es zur Erhebung der Privatklage kommt, muß die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Sühneverfahren durch die Gebühren, die er nun für das Privatklageverfahren zu beanspruchen hat, als abgegolten erachtet werden.[2]) Wenn es nicht zur Erhebung der Privatklage kommt, ist nur ein Verfahren vor einer Gemeindebehörde gegeben; für die Gebühren muß dann die Verordnung vom 26. März 1902, die Gebühren der Rechtsanwälte in den Angelegenheiten der Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege als maßgebend erachtet werden.[3]) Der Rechtsanwalt kann die Gebühr von der Vergleichsbehörde festsetzen lassen; gegen die Festsetzung ist die Beschwerde zur Aufsichtsbehörde, in letzter Instanz zum Ministerium des Innern zulässig. Wenn eine Festsetzung erfolgt ist, darf der Rechtsanwalt nur den festgesetzten Betrag von seinem Auftraggeber oder von dem, der sich zur Zahlung verpflichtet hat, beanspruchen, es sei denn, daß die Höhe der Vergütung durch Vertrag bestimmt ist. Die Festsetzung ist nicht zwingend vorgeschrieben; der Rechtsanwalt kann seine Forderung auch ohne sie im Klageweg geltend machen.

[1]) Die Grundlage dürfte hierfür in § 823 BGB. gefunden werden. Verletzt ist das Recht der freien Selbstbestimmung; wenn auch mit der Ladung zum Sühnetermin keine Androhung von Nachteilen verknüpft ist, wird doch durch sie ein Zwang ausgeübt. Als widerrechtlich wird der Antrag auf Ansetzung eines Sühnetermines namentlich dann bezeichnet werden können, wenn er wider besseres Wissen erfolgt ist; aber auch Fahrlässigkeit kann unter Umständen genügen. Der Anspruch muß, da ein anderer Weg nicht offen ist, durch Klage im Zivilprozeß geltend gemacht werden.

[2]) Gebühr für das Vorverfahren: 6 Mark, wenn mehrere Personen zu vertreten sind: 9 Mark (GO. f. RA. §§ 67, 72, 73).

[3]) Für die Erteilung eines Rates: 1 Mark bis 20 Mark: für Anträge, Erklärungen und Beschwerden bei Behörden, für juristische Gutachten angemessene Vergütung, für die Wahrnehmung eines Termines vor einer Behörde 5 Mark bis 50 Mark, für die Mitwirkung bei einem Vergleich ebenso, wenn er aber vor einer Behörde abgeschlossen wird, für die Wahrnehmung des Termines und den Vergleich nur eine einzige Gebühr von 5 Mark bis 50 Mark.

Mitteilungen aus der Praxis.

Vernehmung (oder Anhörung) der Schulbehörde gem. Just.-Min.-Bek. vom 18. Mai 1894. Nach der Bek. des K. B. Staatsmin. d. Just. vom 18. Mai 1894 (JMBl. S. 97, 98) haben Staatsanwalt und Amtsanwalt bei einkommenden Anzeigen gegen Schulpflichtige vor Erhebung der Anklage oder Beantragung eines Strafbefehls die zuständige Schulbehörde über solche Umstände zu vernehmen, welche für die Frage der Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung und für die Art und das Maß der zu erkennenden Strafe von Belang sind. In der Praxis sind wiederholt Zweifel aufgetaucht, wie das Wort „Schulpflichtige" hier aufzufassen sei. Da die Bekanntmachung ausdrücklich auf Art. 56 Abs. 2 PStGB. bezug nimmt, liegt der Schluß nahe, sie habe „Schulpflichtige" im Sinne des PStGB. gemeint, um so mehr, als Art. 58 Abs. 3 PStGB. bestimmt: Die Dauer der Schulpflicht wird bis zur Erlassung eines Schulgesetzes durch Verordnung bestimmt. Die nun maßgebende VO. v. 4. Juni 1903, die Schulpflicht betr. (GVBl. 359) unterscheidet Werktagschulpflicht (7 Jahre) und Sonntagschulpflicht (3 Jahre); sie geht davon aus, daß die Schulpflicht auch dann an sich fortbesteht, wenn der Schulpflichtige eine höhere Bildungsanstalt oder eine staatlich anerkannte Privat-Erziehungs- oder Bildungsanstalt besucht oder einen vollständigen Privatunterricht genießt (§ 16). Diese Auffassung wird bestätigt durch die §§ 17, 18 das., welche gewisse Kategorien von Schulpflichtigen vom Besuche der Sonntagschule oder der sie vertretenden Schuleinrichtung befreien, und durch § 19 dort, welcher auf die dergestalt Befreiten die Strafvorschriften der Art. 56, 58 PStGB. ausdrücklich für anwendbar erklärt und unter gewissen Voraussetzungen auch ihnen gegenüber die Verpflichtung zum Besuche der Sonntagschule wieder aufleben läßt. Liegt der gedachten VO. aber diese Auffassung der Schulpflicht zugrunde, so muß sie auch auf den Begriff „Schulpflichtige" in der angeführten JMBek. angewendet werden. Es kann nicht mit Grund eingewendet werden, daß diese älter ist als die zit. VO. und daß in Art. 56, 58 a. a. O. unter Schulpflichtigen die Zöglinge der Mittelschulen nicht mitbegriffen sind. Jedenfalls trifft der Zweck der Bekanntmachung, die Strafanzeigen gegen Jugendliche mit besonderer Sorgfalt zu würdigen, auch auf die Schüler höherer Lehranstalten zu. Ferner fallen jene, die einen vollständigen Privatunterricht mit Genehmigung der Schulbehörde genießen, gewiß unter den Begriff „Schulpflichtige" im Sinne der Bekanntmachung; sie sind aber in § 16 der VO. neben den Schülern der höheren Lehranstalten als vom Volksschulbesuche befreit aufgeführt. Sonach hat gemäß angeführter JMBek. die Einvernahme der Schulbehörden auch bezüglich der Zöglinge der Mittelschulen und der staatlich genehmigten Privat-Unterrichts- und Erziehungsanstalten zu erfolgen. Fraglich könnte sein, ob bezüglich aller noch nicht 18 Jahre alten Zöglinge dieser Anstalten? Man wird sich dahin entscheiden müssen, daß die Pflicht zur Einvernahme der Schulbehörde mit dem 16. Lebensjahre des Zöglings aufhört. Denn mit diesem Zeitpunkte endet regelmäßig die Volksschulpflicht; ähnlich hat auch § 20 a. a. O. das Ende der Schulpflicht jener Personen bestimmt, die lediglich einzelne Klassen einer höheren Lehranstalt besucht haben. Ist durch Statut eines weiteren Kommunalverbandes oder einer Gemeinde für männliche Arbeiter unter 18 Jahren oder für weibliche Handlungsgehilfen und -Lehrlinge unter 18 Jahren die Verpflichtung zum Besuche einer Fortbildungsschule begründet (§§ 120 Abs. 3, 142 RGO.), so besteht allerdings für diese Personenkategorien eine Schulpflicht, die über die landesrechtliche Schulpflicht möglicherweise hinausgeht. Indes begreift der Ausdruck „Schulpflicht" im gewöhnlichen Sprachgebrauche nur die Werktag- und Sonntagschulpflicht, da diese allgemein gilt, während die auf Grund der §§ 120 Abs. 3, 142 RGO. begründete nur für einzelne Klassen von Erwerbstätigen eintreten kann. Die angeführte VO. faßt „Schulpflicht" im gleichen Sinne auf und erwähnt die weitergehende Fortbildungsschulpflicht nach §§ 120 Abs. 3, 142 RGO. nur nebenbei in § 14 Abs. 2. Daher sind die Schulbehörden gemäß der angeführten JMBek. nur bezüglich jener gewerblichen Fortbildungsschüler zu vernehmen, die noch sonntagschulpflichtig sind; das Ende ihrer Sonntagschulpflicht ist unter entsprechender Anwendung des § 20 der angeführten Verordnung zu bestimmen. Besucht ein Schulpflichtiger eine Privat-Unterrichts- oder Erziehungsanstalt (§ 16 Nr. 2 der angeführten VO.), so entsteht die Frage, wer als zuständige Schulbehörde im Sinne der angeführten JMBek. zu erachten ist, die staatlichen Aufsichtsbehörden — Staatsmin. des Inn. f. K.- u. Sch.-Ang., Kreisregierung K. d. J., Distrikts-Verwaltungsbehörde vgl. VO. v. 19. Mai 1905 § 2. (GVBl. 471) — werden als „zuständige Schulbehörde" in diesem Sinne schon deshalb nicht angesehen werden können, weil sie als solche auch gegenüber den eine staatliche höhere Bildungsanstalt Besuchenden nicht in Betracht kommen; sodann auch um deswillen, weil sie eine unmittelbare Kenntnis von den Umständen, über die sie nach der angeführten JMBek. Auskunft geben sollen, regelmäßig nicht besitzen. Es erübrigt deshalb nur, den Leiter solcher Privat-Unterrichts- und Erziehungsanstalten — vgl. §§ 8, 11, 12, 13 der angeführten VO. vom 10. Mai 1905 — gemäß zit. JMBek. zu befragen, der ja in seinen Befugnissen vielfach dem Vorstand einer öffentlichen Schule gleichsteht. Genießt ein Schulpflichtiger einen behördlich anerkannten, vollständigen Privatunterricht (§ 16 Nr. 3 der angeführten VO. vom 4. Juni 1903), so erscheint als einzuvernehmende Schulbehörde die Ortsschulbehörde. Denn solche Privatschüler haben jährlich an den öffentlichen Volksschulprüfungen teilzunehmen, bleiben den für die Schulpflichtigen geltenden allgemeinen Disziplinarvorschriften unterworfen, die Dauer ihrer Schulpflicht richtet sich nach den für die Besucher der öffentlichen Schule geltenden Vorschriften; ihre Stellung ist von jener der letzteren nicht wesentlich verschieden. Nach bayerischem Schulrecht gilt für die Schulpflicht das Territorialitätsprinzip, was die VO. vom 4. Juni 1903 in § 23 ausdrücklich hervorhebt. Daß daneben auch das Nationalitätsprinzip gelten solle, ist nirgends ersichtlich. Daraus folgt, daß bezüglich bayerischer Kinder, die eine nichtbayerische Schule besuchen, die Pflicht zur Einvernahme der Schulbehörde nicht durch die angeführte JMBek. begründet ist, gleichviel, ob sie eine Schule eines nichtdeutschen Staates, eine deutsche Schule im Auslande oder eine Schule eines anderen deutschen

Bundesstaates besuchen. Hierfür spricht insbesondere die Erwägung, daß die angeführte JMBek., indem sie die Einvernahme der zuständigen Schulbehörde seitens der Staatsanwaltschaft vorschreibt, stillschweigend die Verpflichtung der Schulbehörde zur Auskunftserteilung voraussetzt. Eine derartige Verpflichtung müßte auf Seite des Auslandes gleichwie der anderen deutschen Einzelstaaten, da deren Zuständigkeit auf dem Gebiete des Schul- und Unterrichtswesens durch die Reichsverfassung nicht berührt ist, durch besonderen Rechtsakt statuiert werden. Allerdings wird die Staatsanwaltschaft, wenn ein Schüler einer nichtbayerischen Schule in Bayern z. B. während der Ferien eine strafbare Handlung begeht, zweckmäßig den betreffenden Schulvorstand über die für Strafbarkeitseinsicht und Strafe erheblichen Umstände vernehmen, soweit dies ohne Schwierigkeiten möglich, zumal soweit unmittelbarer Verkehr mit den ausländischen Behörden gestattet ist. Allein es darf nicht übersehen werden, daß die angeführte JMBek. hierzu nicht verpflichtet.

II. Staatsanwalt Hümmer in Weiden.

Zur Auslegung des § 428 StPO. Ueber die Zulässigkeit einer Widerklage im Privatklageverfahren enthält die StPO. nur die dürftige Bestimmung des § 428, die infolge ihrer Lückenhaftigkeit zu einer Reihe von Streitfragen Veranlassung gibt.[1] Zu den Fragen, die in der Praxis eine verschiedene Beantwortung erfahren, gehört insbesondere die, ob und inwieweit die Widerklage von der Zulässigkeit der Privatklage abhängig ist. So hat das Landgericht Berlin I am 3. April 1906 entschieden,[2] weil der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens bezüglich der Privatklage wegen Nichtvorliegens einer strafbaren Beleidigung abgelehnt sei, sei auch die bereits erhobene Widerklage ohne weiteres hinfällig. Eine Erörterung dieser Frage ist um so mehr angezeigt, als die Landgerichte über sie als Beschwerdegerichte zumeist in letzter Instanz entscheiden und somit grundlegende oberstrichterliche Entscheidungen nicht vorliegen.

Ueber das Abhängigkeitsverhältnis der Widerklage zur Privatklage enthält die StPO. nur im § 428 Abs. 3 eine Andeutung, indem hier bestimmt wird: „Die Zurücknahme der Klage ist auf das Verfahren über die Widerklage ohne Einfluß." Man könnte versucht sein, in dieser Vorschrift den Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes zu finden, daß die Widerklage nach ihrer Erhebung von dem Schicksal der Privatklage völlig unabhängig sei. Allein die unbeschränkte Anwendung dieses Grundsatzes würde zu wunderlichen Folgerungen führen. Die Erhebung der Privatklage hat nämlich, da die Widerklage noch „bis zur Beendigung der Schlußvorträge in erster Instanz" erhoben werden kann, für den Widerkläger eine Verlängerung der dreimonatigen Antragsfrist zur Folge, sodaß die Widerklage trotz Ablaufs der Antragsfrist noch angestellt werden kann, sofern nur noch nicht Verjährung der Strafverfolgung eingetreten ist. Soll sich nun der Widerkläger auf diese Fristverlängerung auch dann berufen können, wenn die Privatklage wegen Versäumung der gesetzlichen Antragsfrist zurückgewiesen werden muß? Bejaht man diese Frage, so würde nach § 198 StGB. auch der Privatkläger wieder zur Stellung des Strafantrags und damit zur Erhebung der Privatklage berechtigt sein. Dies der Zweckbestimmung der Widerklage durchaus zuwiderlaufende Ergebnis wird man nicht billigen können. Hieraus erhellt bereits, daß es Fälle gibt, in denen die Unzulässigkeit der Privatklage auch die Widerklage hinfällig macht.

Für die Abgrenzung dieser Fälle gibt die StPO. selbst keinen Anhalt. Es läßt sich aber eine befriedigende Regelung des Abhängigkeitsverhältnisses der Widerklage zur Privatklage gewinnen, wenn man die in dieser Beziehung für die Widerklage der ZPO. geltenden Grundsätze auf die Widerklage der StPO. entsprechend anwendet. Dies ist um so unbedenklicher, als das Privatklageverfahren überhaupt mehrfach Anlehnungen an den Zivilprozeß aufweist. Für die Widerklage der ZPO. gilt nun folgendes.[1] Der Mangel der prozessualen Voraussetzungen für die Klage macht auch die Widerklage ohne weiteres hinfällig; im übrigen ist die Erledigung der Klage auf ihre Zulässigkeit ohne Einfluß;[2] durch die Zurücknahme der Klage wird die bereits erhobene Widerklage nicht betroffen, jedoch bleibt es dem Widerbeklagten unbenommen, auch in diesem Falle auf den Mangel der prozessualen Voraussetzungen der Klage Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Widerklage zu gründen. Bei entsprechender Anwendung dieser Grundsätze auf die Widerklage der StPO. müssen als Mängel der prozessualen Voraussetzungen der Privatklage namentlich gelten: 1. Mangel der Prozeßfähigkeit des Privatklägers, 2. Mangel der örtlichen Zuständigkeit, 3. Nichtverfolgbarkeit des Delikts im Wege der Privatklage, 4. Mangel der im § 421 StPO. vorgesehenen Form der Privatklage, 5. Ablauf der Antragsfrist. Diese Mängel machen also auch die Widerklage unzulässig, und zwar einerlei, ob Zurückweisung der Privatklage oder vorherige Zurücknahme erfolgt. Fraglich kann nur sein, ob dies auch dann gelten soll, wenn die Widerklage formell und materiell allen Erfordernissen einer selbständigen Privatklage genügt; aus praktischen Gründen kann man in diesem Falle vielleicht der Zulassung der Widerklage trotz Hinfälligkeit der Privatklage das Wort reden. Liegen dagegen alle prozessualen Voraussetzungen der Privatklage vor, so bleibt ihre Zurückweisung wegen nicht hinreichender Begründung und ihre Zurücknahme auf die Zulässigkeit der Widerklage selbst dann ohne Einfluß, wenn die Erhebung der Widerklage z. B. mit Rücksicht auf die örtliche Zuständigkeit oder den Ablauf der Antragsfrist nur durch ihren Zusammenhang mit der Privatklage ermöglicht wurde. Ebenso ist, wenn die Staatsanwaltschaft nachträglich die Verfolgung übernimmt, die vorher in zulässiger Weise erhobene Widerklage nunmehr als selbständige Privatklage zu behandeln und über sie gleichzeitig mit der öffentlichen Klage zu verhandeln und zu entscheiden.[3] Der oben wiedergegebenen Entsch. des LG. Berlin I ist also nicht zuzustimmen. Es erhellt aber auch aus der angestellten Untersuchung, daß die Bestimmung des

[1]) Vgl. meinen Aufsatz in GoltdArch. Bd. 51 S. 260.
[2]) Vgl. Nr. 254 der National-Ztg. vom 20. April 1906.

[1]) Vgl. v. Wilmowski-Levy, ZPO. § 33 Anm. 1; Petersen-Anger, ZPO. 4. Aufl. § 33 Anm. 7; a. M. nur Gaupp-Stein, ZPO. § 33 Anm. II 1.
[2]) RG. 4. Februar 1902, JW. 1902, S. 182.
[3]) So OLG. Kiel 24. Mai 1894 in GoltdArch. Bd. 42 S. 430.



§ 428 Abs. 3 StPO. irreführend ist. Sie bringt nur den einen im vorstehenden entwickelten Satz zum Ausdruck, daß beim Vorliegen aller prozessualen Voraussetzungen der Privatklage ihre Zurücknahme auf die bereits erhobene Widerklage einflußlos ist, und darf nicht in dem weiteren Sinne aufgefaßt werden, nach Zurücknahme der Privatklage sei das Verfahren über die Widerklage stets ohne weitere Prüfung der Privatklage fortzusetzen. Mangels näherer gesetzlicher Bestimmung des Abhängigkeitsverhältnisses der Widerklage zur Privatklage wäre auch die Vorschrift des § 428 Abs. 3 besser weggeblieben, ebenso wie auch die ZPO. über die Folgen der Zurücknahme der Vorklage für die Widerklage keine Bestimmung enthält.

Landrichter Lindemann in Wiesbaden.

Formfehler bei Zustellungen in Strafsachen. Bezüglich der Zustellungen von Amts wegen verfügt § 212 ZPO.: „Die Beurkundung der Zustellung durch den Gerichtsdiener oder den Postboten erfolgt nach den Vorschriften des § 195 Abs. II mit der Maßgabe, daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde nicht zu übergeben, der Tag der Zustellung jedoch auf dem Briefumschlage zu vermerken ist."

Es ist nun für das Gebiet des Zivilprozeßrechtes strittig, ob der Mangel des Vermerkes des Postboten die Zustellung ungültig, nichtig macht oder nicht. (Vgl. Seuffert, 8. Aufl., Note 2 zu § 212 ZPO., Gaupp-Stein, 4. Aufl., Note III zu § 190 und zu § 212 ZPO., Urt. d. OLG. Stettin vom 28. Oktober 1902, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 394.) Diese Frage ist auch für den Strafprozeß nicht gleichgültig, da nach § 37 StPO. auf das Verfahren bei Zustellungen die Vorschriften der ZPO. über Zustellungen entsprechende Anwendung finden. Hierüber hat sich nunmehr das Reichsgericht ausgesprochen.

Der Bauführer H. war am 28. September 1905 wegen eines Vergehens der Urkundenfälschung von der Strafkammer X. zu einem Monate Gefängnis verurteilt worden. Er legte gegen das Urteil am 5. Oktober 1905 Revision ein. Das Urteil wurde ihm am 12. Oktober 1905 ersatzweise zugestellt. Die Revisionsbegründung gelangte am 20. Oktober 1905, also nach Ablauf der gesetzlichen Frist, in den Einlauf der Gerichtsschreiberei des Landgerichts. Der Verteidiger erklärte 4 Tage später in einem weiteren Schriftsatz, der Postbote habe bei der Zustellung übersehen, den Tag der Zustellung auf dem Kuvert zu vermerken. Folglich liege eine unwirksame Zustellung vor und die Frist nach § 385 StPO. sei überhaupt noch nicht in Lauf gesetzt. Für den Fall aber, daß das Gericht dieser Rechtsanschauung nicht beitrete, stelle er das Gesuch, den Angeklagten in den vorigen Stand wieder einzusetzen. Der Angeklagte sei nämlich infolge des Versehens des Postboten ohne sein Verschulden über den Tag der Zustellung im Irrtum gewesen und habe ihm, dem Verteidiger, gesagt, das Urteil sei am 13. Oktober 1905 zugestellt worden. Der landgerichtliche Staatsanwalt führte in seiner Gegenerklärung (§ 387 StPO.), — die notwendig geworden war, da das Landgericht ebenfalls eine wirkungslose Zustellung annahm —, unter Bezugnahme auf das Wort „entsprechend" in § 37 StPO. aus, es sei mit dem Offizialprinzip im Strafverfahren (vgl. z. B. §§ 483, 232, 35 II StPO.) unvereinbar, wenn die Rechtskraft eines Urteils aus einem Belege (hier Kuvert), dessen Vorlegung im Belieben des Angeklagten stünde, festgestellt werden müßte. Diesen Standpunkt des Staatsanwaltes billigte das Reichsgericht in seinem Beschlusse vom 7. Dez. 1905, indem es aussprach, daß die gedachte Unterlassung des Postbeamten nicht die Ungültigkeit der Zustellung zur Folge habe. Aber der Irrtum, auf den die Einreichung der Revisionsanträge und deren Begründung bei Gericht erst am 20. Oktober 1905, also nach Ablauf der Frist des § 385 I StPO., zurückzuführen sei, erweise sich als ein unter den gegebenen Umständen entschuldbarer und der Angeklagte sei hiernach an der Einhaltung der Frist durch einen unabwendbaren Zufall verhindert worden. Der Angeklagte wurde vom Reichsgerichte hinsichtlich der Versäumung der Revisionsbegründungsfrist in den vorigen Stand wieder eingesetzt.

II. Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Ersatzanspruch nach § 136 GewUVG. gegen eine G. m. b. H. Der von einer Berufsgenossenschaft auf Grund des § 136 GewUVG. gegen eine G. m. b. H. erhobene Anspruch wurde vom OLG. als unbegründet erklärt. Das Reichsgericht billigte die Entscheidung.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht führt aus, nach § 136 Abs. 1 hafteten die ersatzpflichtigen Personen nur für eigenes nach strafrechtlichen Grundsätzen zu bestimmendes Verschulden. Strafrechtlich könne nicht eine juristische Person zur Verantwortung gezogen werden. Die Beklagte könne als eine Handelsgesellschaft, die von ihrem Geschäftsführer vertreten werde, ein eigenes strafrechtliches Verschulden nicht treffen. Die Ausnahme des § 136 Abs. 2 GewUVG. — Haftung für den Liquidator — treffe nicht zu. Die Revision rügt Verletzung des § 136 GewUVG. und der §§ 31 und 831 BGB. Dieser Angriff ist nicht begründet. Nach der Entstehungsgeschichte des § 136 GewUVG. (die eingehend dargelegt wird), ist anzunehmen, daß man den Wünschen der Berufsgenossenschaften insoweit entsprechen wollte, als die Geltendmachung der Ersatzansprüche nach § 136 nicht mehr (wie nach § 196 des GewUVG. vom 6. Juli 1884) an die Voraussetzung geknüpft sein sollte, daß die in Anspruch genommene Person vorher durch strafgerichtliches Urteil verurteilt sein müsse. Im übrigen ist daran festgehalten worden, daß sich Vorsatz und Fahrlässigkeit der Person nach strafrechtlichen Grundsätzen bemißt. Danach haftet eine Person aus § 136 Abs. 1 der Berufsgenossenschaft nur, wenn ein Tatbestand vorliegt, der ihre strafgerichtliche Verurteilung rechtfertigen würde. Die sich aus Satz 2 ergebende Neuerung ändert auch nichts an dem Grundsatze, daß nach § 136 — abgesehen von der Ausnahme des Abs. 2 — immer nur derjenige Unternehmer usw. haftet, dem selbst der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit in strafrechtlichem Sinne zur Last fällt, daß also jeder nur für die

Folgen seiner eigenen Handlungen haftet. Die Anwendung der §§ 31, 831 BGB. ist ausgeschlossen.[1]) (Urt. des IV. ZS. vom 3. Mai 1906.) ———n.
610

II.

Wesen und Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts an allen im Laufe einer Geschäftsverbindung zum Verkaufe gelangenden Sachen. Zur Frage des „Rückkaufs" solcher Sachen durch den Verkäufer. Der Gemeinschuldner H. — Konkurseröffnung: 25. Februar 1904 — war seit Juli 1900 Pächter des dem Freiherrn von K. gehörigen Hofgutes. Kurz vor der Konkurseröffnung war H. mit Zustimmung des Eigentümers von der Pacht zurückgetreten und Freiherr von K. hatte in Ausübung eines ihm durch den Pachtvertrag eingeräumten Rechtes das ganze dem Pächter gehörige Inventar übernommen, darunter zwanzig Pferde und neunundzwanzig Kühe. Der Kläger nimmt nun vier Pferde und siebenundzwanzig Kühe als ihm gehörig mit der Behauptung in Anspruch, er habe diese Tiere in der Zeit vom 14. Februar bis 20. November 1903 dem Gemeinschuldner unter Eigentumsvorbehalt geliefert und den Kaufpreis noch nicht erhalten. Er erhob Klage gegen den Konkursverwalter auf Herausgabe der Tiere oder Wertsersatz, soweit die Herausgabepflicht nicht erfüllt werden könne; eventuell beantragte er Verurteilung des Beklagten zur Abtretung des Rechtes der Konkursmasse auf die noch zu bestimmende Gegenleistung des Freiherrn von H. In der mündlichen Verhandlung stellte der Kläger nur den Eventualantrag, der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Diesem Antrage des Beklagten entspricht das Urteil des Landgerichts. Auf die Berufung des Klägers wurde dagegen der Beklagte vom Oberlandesgerichte, wie beantragt, zur Abtretung verurteilt. Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Eigentumsvorbehalt, dessen Wirksamkeit der Beklagte bestreitet, gründet sich auf einen Vertrag des Klägers mit dem Gemeinschuldner vom Februar 1901, demzufolge es eine Bedingung aller künftig zwischen ihnen zustande kommenden Verträge sein sollte, daß das Eigentum an den verkauften Pferden, Ochsen, Kühen und Rindern „in der unter Ziff. 1 dargelegten Weise" beim Kläger zu verbleiben habe. Nach Ziff. 1 bleibt das Eigentumsrecht des Klägers insolange bestehen, „als er auf Grund der zwischen ihm und H. bestehenden Geschäftsverbindung Gläubiger von H. ist oder werden wird". Das Landgericht hatte diesem Eigentumsvorbehalte die Wirksamkeit versagt, weil er nicht zur Sicherung des Kaufpreises der einzelnen Tiere, sondern zur Sicherung des jeweiligen Saldos, und insoweit unzulässigerweise, vereinbart worden sei. Das Berufungsgericht dagegen führt aus: Es möge allerdings auch die Absicht der Vertragschließenden gewesen sein, die Uebereignung der verkauften Tiere bis zur völligen Tilgung aller von H. an den Kläger geschuldeten Summen aufzuschieben; allein diese Absicht schließe nicht aus, daß die Beteiligten zugleich und hauptsächlich dem Kläger das Eigentum an jedem Tiere solange vorbehalten wollten, bis dessen Kaufpreis bezahlt sei; dieser Wille sei umsomehr anzunehmen, als offensichtlich die Rechte des Klägers nicht vermindert, sondern über den gesetzlichen Umfang hinaus (§ 455 BGB.) verstärkt werden sollten. Die Nichtigkeit des weitergehenden Vorbehalts — die das Berufungsgericht gleichfalls annimmt — habe aber nicht auch die Nichtigkeit des zugleich vereinbarten innerhalb der gesetzlichen Grenzen sich haltenden Vorbehaltes zur Folge, da kein Zweifel darüber bestehen könne, daß der Vorbehalt auch ohne den nichtigen Teil vereinbart worden wäre (§ 139 BGB.). Auf die Frage, ob hier überhaupt von einer teilweisen Nichtigkeit des Vertrages gesprochen werden kann, der Vertrag nicht vielmehr im vollen Umfange gültig ist, braucht nicht eingegangen zu werden. Denn keinesfalls ist die auf der Vertragsauslegung beruhende Feststellung zu beanstanden, daß die Beteiligten nicht nur den weitergehenden Vorbehalt (bis zur Tilgung des ganzen Saldos), sondern auch den engeren regelmäßigen Vorbehalt (bis zur Zahlung des Kaufpreises des betreffenden Tieres) gewollt und verabredet haben und daß sie den letzteren auch ohne den nichtigen (bzw. als nichtig angesehenen) Teil verabredet haben würden. Rechtlich unbedenklich ferner ist die Annahme, daß der Eigentumsvorbehalt, wenn in dieser Weise im voraus in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung verabredet, für die einzelnen nachfolgenden Geschäfte auch ohne neue besondere Verabredung wirksam wird, es sei denn, daß ihn die Beteiligten überhaupt oder für einzelne Fälle erweislich wieder fallen gelassen haben. Das letztere folgert der Beklagte daraus, daß H. viele, ja die meisten vom Kläger erworbenen Kühe später wieder an den Kläger „zurückverkauft" hat. Allein mit Recht hat das Berufungsgericht diesen Umstand für bedeutungslos erklärt. Die Folgerung, daß H. die Kühe doch nur zurückverkaufen konnte, wenn sie ihm gehörten, das Eigentum also beim Verkaufe nicht vorbehalten war, haftet am Worte ohne Eindringen in die Sache. Kläger hat die Kühe, die er an H. unter Eigentumsvorbehalt als Milchkühe verkauft hatte, nicht etwa kraft seines Eigentumsrechtes zurückverlangt und zurückgenommen, sondern auf Grund eines neuen Vertrages unter Vereinbarung eines neuen Rücknahmepreises für die Kühe als Fleischkühe. Ein solches Rechtsgeschäft mag nach rechtswissenschaftlichem Sprachgebrauch kein Kauf im eigentlichen Sinne sein; für die Verkehrsanschauung und nach der Sprache des Verkehrs ist es ein Rückkauf. Inwiefern der Eigentumsvorbehalt damit unvereinbar sein sollte, ist unerfindlich. Soweit H. an den Kühen (durch Zahlung des Kaufpreises) Eigentum erworben hatte, übertrug er beim Rückkauf das Eigentum zurück; soweit der Eigentumsvorbehalt noch wirksam war, hat die Rückgabe nur die Bedeutung einer Rückübertragung des Besitzes an den Eigentümer. (Urteil des VII. Senats 454/05 vom 26. Mai 1906.)

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.
571

B. Strafsachen.

I.

Unter welchen Voraussetzungen gelten für den Güterhändler die Vorschriften des Art. 19 des Bayer. Gesetzes vom 2. Januar 1898, die Fortsetzung der Grundentlastung betreffend?

Aus den Gründen: Wenn ein landwirtschaftlicher Gutskomplex durch einen gewerbsmäßigen Händler im eigenen Namen oder in Vollmacht eines anderen zertrümmert wird, müssen nach Art. 19 Abs. 1 a. a. O. sämtliche auf dem Anwesen oder dessen Bestandteilen lastenden Bodenzinse von dem Händler abgelöst werden. Abs. 2 schreibt vor, daß der Händler, bevor er eine Zertrümmerung durchführt, bei Strafvermeidung dem Rentamt Anzeige zu erstatten hat. Die Bejahung der Frage, ob der Angeklagte als gewerbsmäßiger Güterhändler, und zwar im eigenen Namen, bei der Zertrümmerung der Anwesen der Eheleute M. und G. aufgetreten ist, ist nicht von irrigen Auffassungen beeinflußt. Zwar hat der Angeklagte die Gutskomplexe nicht angekauft und sie sodann zertrümmert, was den Normalfall bildet, vielmehr erscheinen jedesmal nach außen als Veräußerer die bisherigen Eigentümer, die sich zum Zwecke der Zertrümmerung an den Angeklagten ge-

[1]) Vgl. zu dieser Entscheidung insbesondere die Abhandlung von Rechtsanwalt Kißkalt in N. 4 des 1. Jahrgangs dieser Zeitschrift S. 101.

wandt hatten, da sie zur Durchführung des Geschäfts außerstande waren, wogegen dem Angeklagten die notwendigen Eigenschaften zu Gebot standen. Anderseits aber hat der Angeklagte sich ihnen gegenüber nicht in der Stellung eines Gehilfen befunden, vielmehr war er ihr Gesellschafter, indem er sich gegen Gewährung von Anteil am Gewinn verpflichtet hat, die Zertrümmerung der Anwesen um einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Tatsächlich war der Angeklagte die Seele des Geschäfts; er leitete die Verhandlungen, bestimmte vorbehaltlich der Zustimmung der anderen die Preise, bereitete die Verträge vor, machte die Angaben beim Notar, stellte die erforderlichen Gelder zur Verfügung und übernahm die Haftung für die Wegfertigung der Hypotheken. Weiter ist erwiesen, daß, wenn der Angeklagte die Anwesen nicht zu Eigentum erworben hat, dies nur zur Ersparung der Kosten einer Besitzveränderung und zu dem Ende geschehen sei, damit er sich nicht als Güterhändler offenbare und nicht die Bodenzinse abzulösen habe. Deshalb ist nicht einzusehen, warum der Angeklagte nicht die Anwesen der Eheleute M. und G. „im eigenen Namen" zertrümmert haben sollte. Die gedachten Worte des Gesetzes können unmöglich nur formal verstanden werden, vielmehr müssen sie, um Umgehungen auszuschließen, auch in Fällen zutreffen, in denen der Händler auf eigene Rechnung tätig ist und sich einer Mittelsperson bedient, die zum Schein nach außen als Geschäftsherr auftreten soll. Ob diese Mittelsperson als Gesellschafter sich an der Zertrümmerung beteiligt, ob sie als bisheriger Besitzer an ihr selbst interessiert ist, sie aber allein nicht durchführen will, kann nicht von Belang sein. Das Gesetz muß auch Anwendung finden, wenn der Händler die Zertrümmerung nicht allein durchführt, sondern in Verbindung mit anderen Personen, denen die Eigenschaft eines gewerbsmäßigen Güterhändlers nicht zukommt. (Vgl. Entsch. d. Bay. VGH. Bd. 20 S. 129, Entsch. d. Bay. ObLG. Bd. 2 S. 15.) (Urt. des I. Straff. v. 7. Mai 1906, 1 D 955/05.) B.

621

II.

Ne bis in idem. Einheitliche Tat. Unter Anklage steht der im Februar 1905 bewirkte Verkauf der Nummern 7 und 20 der Druckschrift . . . Die frühere Verurteilung vom 11. Juli 1905 ist wegen des im April 1905 verübten Feilhaltens der Nr. 22 derselben Druckschrift erfolgt. Da es sich somit um zwei, nach Zeit und Gegenstand verschiedene, an und für sich selbständige Akte handelt, so kann darin ein Einheitsdelikt nur dann gefunden werden, wenn tatsächlich festgestellt wird, daß die äußerlich gegebene Mehrheit von Akten in Wirklichkeit ein einheitlicher, d. h. auf demselben Vorsatze beruhender Willensakt gewesen ist. Wenn aber weiter in Frage kommt, ob eine wegen des einen der beiden Akte ausgesprochene Verurteilung eine und dieselbe Tat betrifft, wie sie der andere Akt darstellt, derart, daß nach dem Grundsatze ne bis in idem wegen des letzteren keine Strafverfolgung eintreten kann, so genügt es nicht, daß der später mit der Entscheidung befaßte Richter in beiden Akten eine Einheitstat erblickt, sondern es muß auch der Richter, welcher den früher unter Anklage gestellten Akt abgeurteilt hat, letztern als das Glied einer Kette von Einzelhandlungen aufgefaßt haben, die sämtliche auf demselben Vorsatz beruhen und unter die auch die jetzt in Betracht kommende Tat fallen konnte. Denn nur in diesem Falle kann davon die Rede sein, daß es sich bei beiden Strafverfolgungen um dieselbe Straftat handelt (vgl. Entsch. Bd. 26 S. 163). . . . Irrig würde es auch sein, wenn zur Annahme eines fortgesetzten Delikts schon die Feststellung des Entschlusses, bei sich bietender Gelegenheit immer wieder die Tat zu begehen, für genügend erachtet worden wäre, während dazu ein einheitlicher, also auf die fortgesetzte Verübung einer Tat gerichteter Vorsatz gehört. (Urt. des V. Strafsenats v. 31. Mai 1906, 5 D 200/06). — — — e —

592

III.

Ablehnung eines Beweisantrags (§ 243 StPO.). Der Angeklagte hatte behauptet, daß der Verletzte J. ein zanksüchtiger Mensch sei, der zu unbegründeten Beschuldigungen neige, und darüber in der Hauptverhandlung die Vernehmung weiterer Zeugen beantragt. Das Gericht lehnte den Beweisantrag ab, weil es nach der Beweisaufnahme schon jetzt die Ueberzeugung erlangt habe, daß die unter Beweis gestellten Tatsachen, gleichviel ob sie erwiesen würden oder nicht, und die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht geeignet seien, einen Einfluß auf das Ergebnis der Beweiswürdigung auszuüben. Diese Begründung ist in sich nicht zu beanstanden, da damit erklärt wird, es würden die behaupteten Tatsachen als erwiesen angesehen (Entsch. Bd. 29 S. 368). Die notwendige Folge davon ist aber, daß sich das Gericht bei der Würdigung des Beweisergebnisses diese Zusage gegenwärtig hält und von der Wahrheit jener Tatsachen ausgeht. Dies hat es nicht getan. Denn es bezeichnet die Aussage des P. als glaubwürdig und ist der Meinung, daß sie durch die Angaben der vernommenen, die Behauptung des Angeklagten bestätigenden Zeugen deswegen nicht erschüttert werde, weil diese einen durchweg unglaubwürdigen Eindruck gemacht hätten. Daraus ergibt sich, daß das Gericht die unter Beweis gestellte Tatsache nicht als wahr sondern im Gegenteil als nicht erwiesen angesehen hat. Es war zu der Prüfung verpflichtet, ob J. auch dann noch vollen Glauben verdiene, wenn feststeht, daß er ein zanksüchtiger Mensch ist, der zu unbegründeten Beschuldigungen neigt. Diese Prüfung ist nicht erfolgt. Die Urteilsgründe stehen daher mit den Gründen des den Beweisantrag ablehnenden Beschlusses in Widerspruch. (Urt. des V. Straffenats vom 12. Juni 1906 6 D 163/06.) — — — e —

594

IV.

Mittäterschaft bei einem fortgesetzten Delikte. Kostenpflicht (§ 47 StGB.; § 498 StPO.). Die Angeklagten St. und P. sind kostenpflichtig unter der Feststellung verurteilt worden, in G. durch eine fortgesetzte Handlung und zwar St. in der Zeit vom 27. Juli 1901 bis zum 19. Januar 1904, P. in der Zeit vom 1. April 1903 bis Ende Oktober 1903 in der Absicht, einem Andern einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen des Fiskus um 1171 Mk. dadurch geschädigt zu haben, daß sie durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregten, und zwar St. zu 1000 Mk., P. zu 50 Mk. Geldstrafe. P. hatte sich nur an 60 bis 70 derjenigen 253 Einzelfälle beteiligt, aus denen die fortgesetzte Gesamttat bestand. P. greift die Entscheidung im Kostenpunkt an, weil er nicht wegen derselben Tat wie St. verurteilt sei; da die kostspieligen Beweisermittelungen durch das Verfahren gegen St. veranlaßt worden seien, hätten ihm die Kosten der 1. Instanz nur insoweit auferlegt werden sollen, als nicht Auslagen ausschließlich durch das gegen St. gerichtete Verfahren entstanden seien. Die Rüge geht fehl. Wären auch durch die Einzelakte des betrügerischen Vergehens, an denen P. nicht beteiligt war, besondere Auslagen entstanden, so würde immerhin § 498 Abs. 1 StPO. nicht zutreffen, weil er voraussetzt, daß demselben Angeklagten mehrere Straftaten zur Last gelegt worden sind, die in Realkonkurrenz mit einander gestanden haben. Es ist aber hier in gesetzlich zu-

lässiger Weise die Gesamtheit der Einzelfälle als ein fortgesetzter Betrug, als eine Straftat eines jeden der beiden Mittäter aufgefaßt worden; dem stand nicht der Umstand entgegen, daß einer von ihnen an der Verübung einzelner Betrugsfälle sich nicht beteiligt hatte. Es kommt deshalb nur § 498 Abs. 2 StPO. zur Anwendung, wornach Mitangeklagte, welche in bezug auf dieselbe Tat zu Strafe verurteilt sind, für die Auslagen als Gesamtschuldner haften und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihre Beteiligung von gleichem oder verschiedenem Umfang ist. (Urt. des V. StS. vom 31. Mai 1906. 5 D 141/06.)

595 — — — e —

V.

Lotterie — Ausspielung — Glücksspiel? Die Annahme, daß bei dem von dem Angeklagten dargebotenen Spiele, dem sog. Ringwerfen, die Entscheidung über Gewinn und Verlust wesentlich vom Zufall abhing, beruht auf tatsächlichen Erwägungen, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassen. Insbesondere dürfte bei der Frage, ob bei den gegebenen Verhältnissen auf seiten der Spieler ein für die Gestaltung des Spieles wesentliches Maß von Geschicklichkeit vorauszusetzen war oder nicht, darauf Rücksicht genommen werden, welchen Bevölkerungsklassen die Spieler angehörten (Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 192). Rechtlich unzutreffend ist dagegen die Annahme der Veranstaltung einer Ausspielung im Sinne des § 286 Abs. 2 StGB. Gegenstand einer Ausspielung können nur andere Sachen als Geld sein (Entsch. Bd. 3 S. 123, Bd. 10 S. 245). Da die Gewinne im vorliegenden Falle in Geld bestanden, kann es sich nur fragen, ob eine Lotterie im Sinne des § 286 Abs. 1 a. a. O. oder ein Glücksspiel im Sinne des § 284 a. a. O. vorliegt. Nach dem Urteile sind die Begriffsmerkmale der Lotterie nicht gegeben. Darnach wurde das Spiel nicht gleichzeitig von einer Mehrheit von Personen gespielt, vielmehr setzte immer nur der einzelne Spieler gegen den Angeklagten, als denjenigen, welcher das Spiel anbot. Ueber Gewinn und Verlust entschied allein der Ringwurf, den der Spieler bis zu fünf Malen wiederholen durfte. Wenn es auch zu den Begriffserfordernissen der Lotterie nicht unbedingt gehört, daß das Spiel gleichzeitig von mehreren Personen gespielt wird (Entsch. Bd. 1 S. 414, Bd. 5 S. 432, Bd. 10 S. 245, Bd. 27 S. 47) oder daß eine Losziehung über Gewinn und Verlust entscheidet (Entsch. Bd. 18 S. 345, Bd. 27 S. 47), so ist doch, zumal in Fällen, in denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, um so mehr an der Notwendigkeit eines sog. Spielplans festzuhalten. An einem solchen fehlt es aber; dafür war nach der Einrichtung des Spieles kein Raum vorhanden. Denn danach gestattete das Spiel jedem Spieler die sofortige Entscheidung durch die erwähnte Spieltätigkeit, unmittelbar nachdem er seinen Einsatz gemacht hatte, sowie ferner die alsbaldige, beliebig häufige Wiederholung des Spieles. Die Sache liegt ebenso wie in den Fällen, in welchen die Entscheidung durch bloßes Würfeln oder durch die Drehung eines sog. Glücksrades herbeigeführt wird (Entsch. Bd. 10 S. 245, Bd. 38 S. 204; Rechtspr. Bd. 5 S. 284; GoltdArch. Bd. 41 S. 283). Es handelte sich mithin nicht um eine Lotterie, sondern um ein Glücksspiel. Je nachdem anzunehmen ist, daß der Angeklagte selbst als Spieler an dem Spiele teilgenommen hat oder nicht, würde danach § 284 oder § 360 Nr. 14 StGB. in Frage kommen (Entsch. Bd. 38 S. 204). Unter diesen Gesichtspunkten ist der Sachverhalt bisher nicht geprüft worden. (Urt. des V. StS. vom 11. Mai 1906, 5 D. 87/06.) — — f — —

553

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Erbrecht auf Grund des sog. Privilegium Albertinum: Voraussetzung für sein Bestehen. Beweislast im Falle des Streites darüber, ob der Erblasser zur Zeit des Erbfalls das Bürgerrecht noch besaß. Beschränkung des Prozeßgerichts in der Befugnis zur Ablehnung der Aufnahme eines angetretenen Zeugenbeweises. Rechtsrh. GemO. Art. 11, 18; ZPO. §§ 286, 551. Der am 16. November 1895 ohne Verfügung von Todes wegen in München verstorbene Privatier J. P. hat bis zum 15. Februar 1887 das Gastwirtsgewerbe dort betrieben und als „Bierwirt" durch Verleihung vom 15. Dezember 1882 das Bürgerrecht der Stadt München erlangt. Da Kinder nicht vorhanden waren, nahm die Witwe K. P. auf Grund des Privilegium Albertinum die Erbschaft in Anspruch. Die nächsten Verwandten des Erblassers, seine Schwester K. B. und zwei Kinder einer vorverstorbenen Schwester ließen durch den Rechtsanwalt M. bei dem Amtsgerichte München I als Nachlaßgericht eine von ihnen mitunterzeichnete schriftliche Erklärung des Inhalts einreichen, daß J. P. Bürger der Stadt München gewesen, infolgedessen die Witwe die alleinige Erbin sei und sie auf jeden Anspruch auf den Nachlaß verzichten. Mit Verfügung des Nachlaßgerichts vom 16. Dezember 1895 wurde sodann der Nachlaß der Witwe überwiesen. Die Nichte des Erblassers Marie F. und die Witwe seines Neffen L. F. Katharina F., traten später mit Ansprüchen auf den Nachlaß des J. P. auf, indem sie behaupteten, der Erblasser sei zur Zeit seines Todes nicht mehr Münchener Bürger gewesen, infolgedessen seien nach den Vorschriften des Bayer. Landrechts die nächsten Verwandten zur Erbschaft berufen gewesen. Das Landgericht hat deren Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 25 000 Mk. nebst Prozeßzinsen abgewiesen, weil die Klägerinnen den Beweis, daß J. P. das Bürgerrecht verloren habe, nicht erbracht und deshalb auf den Nachlaß keinen Anspruch hätten. Die Klägerinnen legten die Berufung ein, die jedoch vom OLG. zurückgewiesen wurde. Auf Revision der Klägerinnen wurde das oberlandesgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Es können die Erwägungen nicht gebilligt werden, mit welchen das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerinnen auch insoweit für unbegründet erklärt hat, als er sich auf das gesetzliche Erbrecht der Seitenverwandten stützt. Das Erbrecht der M. F. und ihres inzwischen verstorbenen Bruders L. F. war nur ausgeschlossen, wenn die Beklagte auf Grund des Privilegium Albertinum Erbin ihres Mannes geworden ist, und die Vorschrift des Münchener Stadtrechts setzte voraus, daß J. P. zur Zeit seines Todes das Bürgerrecht hatte. Die Befähigung zum Bürgerrecht erfordert nach Art. 11 Abs. 1 der GemO. für die Landesteile r. d. Rh. die Veranlagung mit einer direkten Steuer, es genügt nicht die Verpflichtung zur Steuerzahlung, sondern die Steuerpflicht muß in dem vorgeschriebenen Verfahren festgestellt sein (v. Seydel, Bayer. Staatsr., 2. Aufl. Bd. 2 § 162 Note 63; v. Kahr, GemO. Bd. 1 S. 203). Das erworbene Bürgerrecht geht nach Art. 18 Abs. 1 GemO. mit dem Verluste der Befähigung verloren, es erlischt also mit dem Wegfalle der Steuerveranlagung, sollte auch eine Steuerpflicht noch bestehen. Die Gemeindevertretung muß in der Lage sein, sich jederzeit darüber zu vergewissern, ob das Bürgerrecht fortbesteht oder erloschen ist. J. P. hat nach der Verleihungsurkunde vom 15. Dezember 1882 das Bürgerrecht als Bierwirt erworben, als solcher war er mit Gewerbesteuer veranlagt, die Veranlagung zu dieser Steuer ist aber dadurch weggefallen, daß J. P.

im Jahre 1887 seinen Gewerbebetrieb aufgegeben hat. Er hat also das Bürgerrecht nur behalten, wenn er mit einer anderen direkten Steuer, insbesondere Kapitalrentensteuer, veranlagt war. Die Beweislast dafür, daß dies der Fall gewesen ist, trifft die Beklagte, deren Erbrecht von dieser Tatsache abhängt. Das Berufungsgericht hat aber nicht nur die Beweislast den Klägerinnen aufgebürdet, sondern ihnen die Beweisführung, die sie durch Benennung des Justizrats M. als Zeugen unternommen haben, deswegen abgeschnitten, weil der Verdacht, daß Justizrat M. bei der Einreichung der Erklärung der Verwandten unlauter gehandelt habe, wie er getan haben würde, wenn er gewußt hätte, daß J. P. das Bürgerrecht verloren hatte, ohne weiteres abzuweisen sei. Allein abgesehen von der Möglichkeit, daß Justizrat M. von dem Verluste des Bürgerrechts erst nachträglich Kenntnis erlangt hat, kann die Ablehnung der Vernehmung eines Zeugen nicht mit der Erwägung, daß der Zeuge die in Aussicht gestellte Aussage voraussichtlich nicht machen werde, sondern nur damit begründet werden, daß diese Aussage, wenn sie gemacht werden sollte, für die Entscheidung ohne Belang sei (Gaupp-Stein, ZPO. 4. Aufl. Bd. 1 Anm. I, 2 zum § 286, Seuffert, ZPO. 8. Aufl. Bd. 1 Anm. 2 zum § 286).

Daß die Seitenverwandten des Erblassers mit der dem Nachlaßgerichte gegenüber abgegebenen Erklärung, auf jeden Anspruch auf den Nachlaß zu verzichten, nicht als gesetzliche Erben die Erbschaft ausgeschlagen, sondern nur erklärt haben, gegen die Ueberweisung des Nachlasses an die Witwe, die sie als die allein berufene Erbin ansahen, keine Erinnerung zu erheben, bedarf einer näheren Darlegung nicht. (Urteil vom 4. Mai 1906 [1. ZS.] Reg. 1 Nr. 49/1906.) K.

581

B. Strafsachen.

Darf der Weinbauer in der Rheinpfalz ohne Konzession sein eigenes Wachstum nur an seinem Wohnorte in herkömmlichem Maße, oder an beliebig vielen Orten in unbeschränkter Weise, sei es selbst, sei es durch einen Stellvertreter ausschenken? In der Rheinpfalz hat bekanntlich der reelle kleinere Weinproduzent seit längerer Zeit infolge der Konkurrenz (insbesondere der des unreellen Weinhandels) schwer zu kämpfen. Es hat sich deshalb bei den Weinbauern das Bestreben gezeigt, für ihre eigenen Erzeugnisse Absatzgebiete zu finden, bei denen sie noch auf einigen Gewinn rechnen können. Da sie in vielen Fällen mangels eines Bedürfnisses eine Wirtschaftskonzession nicht erhielten, so suchten sie sich durch Errichtung von sog. „Straußwirtschaften" außerhalb ihres Wohnsitzes zu helfen, die sie dann durch Vertreter führen ließen. Sie nahmen hierbei an, einer Konzession nicht zu bedürfen, weil es sich um den Ausschank eigenen Gewächses handle. Ob nun eine solche Konzessionsfreiheit besteht, war bisher streitig. Nun hat das Oberste Landesgericht ausgesprochen, daß Art. 9, lit b, Ziff. 1 des bayer. GewG. vom 30. Januar 1868 jetzt auch in der Pfalz Geltung erlangt habe. Demgemäß ist den Weinbauern auch in der Pfalz der Ausschank des eigenen Erzeugnisses ohne polizeiliche Erlaubnis nicht schlechthin, sondern nur nach Maßgabe des örtlichen Herkommens und der ortspolizeilichen Vorschriften gestattet.

Aus den Gründen: Durch § 147 Abs. I Ziff. 1 GewO. wird mit Strafe bedroht, wer den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, zu dessen Beginn polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne diese unternimmt. Nach § 33 Abs. I bedarf, wer Gastwirtschaft, Schankwirtschaft usw. betreiben will, der Erlaubnis. Die Schankwirtschaft besteht in dem gewerbsmäßigen Ausschank von Getränken zum Genusse auf der Stelle. Ob der Ausschank ständig oder nur zeitweise erfolgt, ist für den Begriff der Schankwirtschaft belanglos.

Das RG. vom 12. Juni 1872, die Einf. d. GewO. in Bayern betr. (RGBl. S. 170), bestimmt in § 1: „Die GewO. f. d. Nordd. Bund v. 21. Juni 1869 tritt in Bayern bezüglich der Vorschriften in § 29 und 147 Ziff. 3 am 1. Juli 1872, hinsichtlich der übrigen Bestimmungen am 1. Januar 1873 ... in Kraft. Insoweit bisher in Bayern der Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft ... ohne polizeiliche Erlaubnis statthaft war, bedarf es einer solchen auch in der Folge nicht. Die Einstellung eines solchen Geschäftsbetriebes kann jedoch nach Maßgabe des § 53 Abs. II und 54 Gew.O. verfügt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund deren gemäß § 33 a. a. O. die Erlaubnis zum Betriebe ... versagt werden könnte." In der Denkschr. z. d. Entw. dieses RG. (RTV. 1872 Anl. Bd. 3 S. 536 ff.) ist bemerkt: „Das Bayer. GewG. vom 30. Januar 1868 beruht auf denselben prinzipiellen Grundlagen, wie die GewO., so daß bisher schon mit Ausnahme weniger Punkte materielle Rechtsgleichheit in bezug auf das Gewerbewesen ... bestanden hat." Zu § 1 des Entw. wird bemerkt: „In der bayer. Rheinpfalz ist das Wirtschaftsgewerbe usw. seit mehr als einem halben Jahrhundert freigegeben ... Desgleichen sind in den rechtsrh. Landesteilen Bayerns die Brauer, sowie die Teilhaber der ... Kommunbrauereien nach althergebrachter Gewohnheit zum Ausschanke ihrer eigenen Erzeugnisse berechtigt. Dieser Rechtszustand wurde ... im bayer. Gef. v. 30. Januar 1868, welches im allgemeinen das Wirtschaftsgewerbe der Konzessionspflicht unterworfen hat, unverändert gelassen und es dürfte sich empfehlen, denselben auch gegenwärtig beizubehalten usw."

Das bayer. Gef. v. 30. Januar 1868, das Gewerbewesen betr., stellt in Art. 1 den Grundsatz der Gewerbefreiheit auf. Ausnahmen sind in Art. 8 getroffen; er unterwirft der Konzessionspflicht u. a. in Ziff. 4 die Gast- und Schankwirtschaft. Art. 9 bestimmt: Von der Regel des Art. 8 treten folgende Ausnahmen ein: „Der Ausschank des eigenen Erzeugnisses bleibt den Brauern in einem hierfür bezeichneten Lokal und auf ihren Lagerkellern, desgleichen nach Maßgabe des örtlichen Herkommens und der ortspolizeilichen Vorschriften den schenkberechtigten Kommunbrauern und Weinbauern gestattet usw." Durch den § 1 des RG. vom 12. Juni 1872 wollte der Gesetzgeber den Rechtszustand in der Pfalz bezüglich des Betriebs von Gast- und Schankwirtschaften, sowie die Bestimmung in Art. 9 lit. b Ziff. 1 d. bayer. GewG. v. 30. Januar 1868 aufrecht erhalten. Das RG. v. 23. Juli 1879, betr. Aenderung der GewO. bestimmt in Art. 3 Abs. 2: „Die Bestimmung des § 1 Abs. 2 des Gef. v. 12. Juni 1872, betr. die Einf. d. GewO. des Nordd. Bundes vom 21. Juni 1869 in Bayern wird, soweit dieselbe den Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft ... betrifft, hiermit aufgehoben". In der Begr. hierzu (vgl. RTV. 1879 Bd. 5 S. 1327 ff., 1331) ist bemerkt: „Der Abs. 2 des Art. 2 betrifft ausschließlich bayer. Verhältnisse. In § 1 Abs. 2 des Gef. v. 12. Juni 1872, betr. die Einf. d. GewO. in Bayern ist u. a. vorgesehen, daß, insoweit bisher in Bayern der Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft ... ohne polizeiliche Erlaubnis statthaft war, es einer solchen auch in der Folge nicht bedürfe. Die Bestimmung bezieht sich der die bayerische Pfalz, wo schon von früher her der Betrieb von Wirtschaften jeder Art freigegeben war".

Nach näherer Darlegung der in dieser Hinsicht nunmehr bestehenden Verhältnisse bemerkt die Begr. weiter: „Unter diesen Verhältnissen bestehen keine genügenden Gründe mehr, um die bisherige Ausnahmestellung der Pfalz in bezug auf die Wirtschaftsgewerbe fernerhin aufrecht zu erhalten". Durch Art. 3 Abs. 2 des RG. vom 23. Juli 1879 wurde somit hin-

sichtlich des Betriebs der Gast- und Schankwirtschaft ... der in der Pfalz bis dahin geltende Ausnahmezustand beseitigt und damit dieser Gewerbebetrieb dem in § 33 GewO. aufgestellten Konzessionszwang unterworfen. Dagegen blieb Abs. 2 des § 1 des RG. vom 12. Juni 1872: „Insoweit bisher in Bayern der Ausschank des eigenen Erzeugnisses von Getränken ohne polizeiliche Erlaubnis statthaft war, bedarf es einer solchen auch in der Folge nicht", bestehen und damit auch Art. 9 lit. b Ziff. 1 des bayer. Ges. v. 30. Januar 1868.

Inwieweit nach Erlaß des RG. v. 23. Juli 1879 der Weinbauer in der Pfalz sein eigenes Wachstum gewerbsmäßig zum Genuß auf der Stelle ohne polizeiliche Erlaubnis ausschänken darf, ist streitig. Nach der einen Meinung ist mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes Art. 9 lit. b Ziff. 1 des bayer. Ges. v. 30. Januar 1868 auch in der Pfalz anwendbar geworden, so daß sich die Befugnis der Weinbauern, ihr eigenes Wachstum zum Genuß auf der Stelle gewerbsmäßig auszuschänken, nun auch in der Pfalz nach dem örtlichen Herkommen und den ortspolizeilichen Vorschriften bemißt (Entsch. d. OLG. München Bd. 4 S. 78 ff., Bd. 6 S. 633; Entsch. d. BGH. Bd. 3 S. 682, Bd. 5 S. 35 ff., Bd. 21 S. 165; BlAdmPr. Bd. 34 S. 17 ff.). Nach der anderen Meinung ist Art. 9 lit. b Ziff. 1 in der Pfalz nicht in Geltung getreten und ist, seitdem das RG. v. 23. Juli 1879 Maß gibt, in der Pfalz der Ausschank des eigenen Erzeugnisses an Getränken ohne Erlaubnis deshalb statthaft, weil schon vor dem Inkrafttreten des RG. v. 1872 der Ausschank der fraglichen Getränke in der Pfalz nach dem seit der französischen Herrschaft dort geltenden Grundsatze der Gewerbefreiheit freigegeben war. (Seydel, bayer. Staatsr., 2. Aufl. Bd. 3 S. 415 Anm. 115; BlAdmPr. Bd. 51 S. 210/211, Bd. 56 S. 98; Entsch. d. OLG. München Bd. 10 S. 159). Letzterer Meinung kann nicht beigetreten werden. Der gewerbsmäßige Ausschank des eigenen Wachstums durch Weinbauern fällt an sich unter den Begriff der Schankwirtschaft. Soll er anderen Normen unterstehen, so bedarf es hierzu einer Spezialvorschrift; eine solche ist für das rechtsrh. Bayern in dem noch geltenden Art. 9 lit. b Ziff. 1 des Ges. v. 30. Januar 1868 gegeben. In der Pfalz bestand vor Einführung der Reichsgesetzgebung eine Norm, welche den Weinbauern die Befugnis zum Ausschank des eigenen Gewächses ohne polizeiliche Erlaubnis eingeräumt hätte, nicht, es war hierfür auch kein Raum, da die seit der französischen Herrschaft in der Pfalz geltende Gewerbefreiheit jedem gestattete, gewerbsmäßig Wein (eigenes oder fremdes Gewächs) zum Genuß auf der Stelle ohne polizeiliche Erlaubnis auszuschänken, wo und wie er wollte. In der Pfalz stand hiernach den Weinbauern die Befugnis zum Ausschank ihres eigenen Gewächses als Ausfluß der Gewerbefreiheit zu ... Durch das RG. v. 23. Juli 1879 sollte allerdings die Ausnahmestellung der Pfalz in Ansehung des Wirtschaftsgewerbes beseitigt werden; allein damit sollte nicht die Vorschrift des § 33 GewO. ohne Einschränkung in Wirksamkeit treten, sondern es sollte offensichtlich die Pfalz dem diesrh. Bayern gleichgestellt werden. Dies geht aus der angeführten Begr. d. Entw. hervor. Denn sie bemerkt, Art. 2 Abs. 2 betreffe ausschließlich bayerische Verhältnisse, und am Schlusse heißt es: „Unter diesen Verhältnissen bestehen keine genügenden Gründe mehr, um die bisherige Ausnahmestellung der Pfalz ... fernerhin aufrecht zu erhalten". Hiernach sollte die Pfalz dem rechtsrh. Bayern gleichgestellt werden. Das ist aber nur dadurch möglich, daß Art. 9 lit. b Ziff. 1 des Ges. v. 30. Januar 1868, welcher als Ausnahme von der Regel des Art. 8 Ziff. 4 bis zur Erlassung des Ges. v. 23. Juli 1879 nur in den Landesteilen r. d. Rh. Geltung hatte, mit der Einführung dieses Gesetzes auf die Pfalz ausgedehnt wurde. (Urt. vom 28. Juni 1906, Rev. Reg. Nr. 217/06.) H.

630

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Schadensersatzpflicht eines Schießbudenbesitzers nach §§ 831 und 823 BGB. Mitwirkendes Verschulden des Schießgastes. Der Kläger, ein 20jähriger Kaufmann, ist von der in der Schießbude des Beklagten angestellten 19jährigen H. fahrlässigerweise ins Auge geschossen worden und in dessen Gebrauch dauernd behindert. Die H. hatte, als der Kläger ihre mehrfache Aufforderung, zu schießen, abgelehnt hatte, die von ihr in das angebotene Gewehr gesteckte Kugel wieder herausgenommen und die ihrer Meinung nach nicht mehr geladene Schießwaffe auf eine Bemerkung des Klägers hin, sie solle schießen, ihm aufs Herz zielen, gegen den Kläger abgedrückt. In dem Gewehre war eine Kugel verborgen gewesen, die dem Kläger ins linke Auge drang. Der Beklagte war während dieses Vorgangs nicht in der Schießbude anwesend, er hatte sich zu seiner Frau in den Wohnwagen zum Vesperbrot zurückgezogen; in der Schießbude waren außer der H. noch ein weiteres 21jähriges, beim Beklagten seit vier Jahren bedienstetes Schießbudenmädchen sowie ein Gehilfe tätig, der 26jährig und seit anderthalb Jahren in Diensten des Beklagten, von diesem als Aufsichtsperson für die Zeit der Abwesenheit bestellt war. Die gegen den Budenbesitzer aus §§ 831, 823 BGB. gerichtete Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen. Das BG. erklärte dagegen den Anspruch des Klägers dem Grunde nach zur Hälfte als gerechtfertigt.

Aus den Gründen: Die vom Beklagten als Schießbudenmädchen bestellte H. hat dem Kläger widerrechtlich Schaden zugefügt in Ausführung der Verrichtung, zu der sie bestellt war: die Dienstverrichtung der H. erschöpfte sich nicht in den Hantierungen des Ladens, Darreichens, Entladens, sondern umfaßte den gesamten Verkehr mit dem Publikum, insbesondere die Aufgabe, zur Benutzung der Schießgelegenheit aufzufordern. Aus § 831 BGB. ist, insoweit die Person der H. in Frage kommt, eine Ersatzpflicht des Beklagten nicht gegeben; der Vorwurf, bei Auswahl der H. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet zu haben, trifft ihn nicht. — Die Haftbarkeit des Dienstherrn, der eine andere Person zu einer Verrichtung bestellt hat, regelt sich aber nicht ausschließlich nach § 831 BGB.; vielmehr kann auch § 823 Anwendung finden: so wenn dem Dienstherrn eine besondere Beaufsichtigungspflicht obliegt oder wenn er der Pflicht zu einer notwendigen allgemeinen Ueberwachung des Gewerbebetriebs nicht genügt. Die Gefährlichkeit des Betriebs einer Schießbude verlangt, daß sich, während die Bude jedermann zugänglich ist, der Geschäftsinhaber selbst oder eine durch Lebens- oder Dienstalter zur Ueberwachung der übrigen Angestellten geeignete Person in der Bude befindet. Der Beklagte hätte also eine nach Fähigkeit wie Autorität geeignete Person betrauen müssen; er durfte sich nicht damit benügen, die mit der Bedienung der Schießgäste zusammenhängenden technischen Vorrichtungen den hierzu geeigneten Mädchen anvertraut zu haben; er durfte aber auch nicht glauben, in dem Gehilfen, der den Mädchen an Lebensalter wenig voraus hatte, an Dienstzeit dem einen sogar weit nachstand, eine geeignete Person gefunden zu haben. Der Beklagte, der die Pflicht zur dauernden Beaufsichtigung nicht beobachtet, auch einen geeigneten Vertreter nicht bestellt hat, hat damit fahrlässig gehandelt. Bei der Entstehung des Schadens hat aber ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt insofern, als dieser die H. veranlaßt hat, das Gewehr auf ihn anzulegen, und als er in dem Augenblick, wo die H. auf seinen Scherz einging, vor ihr stehen blieb. Kann von jedem erwachsenen Menschen verlangt werden, daß er beim Gebrauche von Schießwaffen Vorsicht anwendet, so darf sich ein erwachsener Mensch, wenn er nicht der Fahrlässigkeit geziehen werden will, auch nicht in eine Lage versetzen, die ihn mit einer unmittelbar von jenen

Waffen ausgehenden Gefahr bedroht. Die Umstände ergeben also, daß Kläger und Beklagter in gleicher Weise zum Schaden beigetragen haben. (Urt. des II. Senats vom 23. Mai 1906.)

573 Mitgeteilt v. Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Voraussetzungen der Haftpflicht eines Tierhalters. Kausalzusammenhang. Beweislast. Begriff der willkürlichen Handlungen eines Tieres (§ 833 BGB.). Der Kläger, ein Landwirt, fuhr mit seinem von einem Pferde gezogenen Pfluge aufs Feld; er saß dabei auf dem sogen. Pflugwägelchen. Plötzlich sprang das Hündchen des ebenfalls mit einem Fuhrwerk daherkommenden Beklagten auf das Pferd des Klägers zu, bellte es an und kehrte zu seinem Herrn zurück. Gleich darauf ging das Pferd durch, das Pflugwägelchen fiel um, der Kläger wurde herabgeschleudert und verletzt. Das LG. wies die Schadensersatzklage, das OLG. die Berufung zurück.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: Die Ersatzpflicht nach § 833 BGB. setzt voraus, daß der Schaden durch ein Tier verursacht worden ist. Es muß ein willkürliches Handeln, d. i. eine Kraftentfaltung des Tieres im Sinne eines Tuns vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß der Schaden unmittelbar durch das Tier verursacht worden ist; es genügt vielmehr auch ein mittelbarer Kausalzusammenhang (Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl. § 833 Ziff. 3, OLG. Rspr. Bd. 3 S. 25, Bd. 4 S. 248, RG. Bd. 50 S. 221; Seuff. A. Bd. 58 S. 186). Das Bellen eines Hundes kann als eine Tätigkeit in diesem Sinne angesehen werden. Hier war geltend gemacht, der Hund habe durch sein plötzliches Hinfahren und Anbellen das Pferd erschreckt und scheu gemacht. Das Berufungsgericht hält dies aber nicht für erwiesen. (Folgt tatsächliche Ausführung.) Der Kläger ist beweispflichtig (Staudinger a. a. O. § 833 Ziff. 6). Er hat sich zu richterlichem Eid darüber erboten, daß das Pferd durch das Bellen scheu geworden sei. Hierauf ist aber nicht einzugehen. Es handelt sich nicht um einen Eid über Tatsachen, sondern über eine Schlußfolgerung aus Tatsachen. Mit Recht wendet der Beklagte ein, der Kläger werde wohl kaum Auskunft darüber geben können, durch welche innerlichen Triebe sein Pferd zum Durchgehen bewogen wurde. Der Kläger würde also nur eine Art von Ueberzeugungseid zu leisten haben. Es kommt übrigens auf diesen Beweis nicht an; denn wenn auch das Scheuen durch das Gebell hervorgerufen worden wäre, so war dieses Verhalten des Hundes doch nicht die einzige und nicht die hauptsächlichste Ursache des Scheuwerdens. Die Hauptursache war vielmehr die Nervosität des Pferdes. Wäre dieses Tier normal gewesen, so würde es durch das Hundegebell nicht scheu geworden sein. Das Anbellen eines Pferdes durch einen Hund ist ein so alltägliches Ereignis, daß ein dadurch scheu werdendes Pferd besonders empfindlich sein muß. In einem solchen Falle ist das Anbellen des Hundes nur ein geringfügiger Umstand im Vergleich mit der Nervosität des Pferdes, so daß es nicht mehr als Ursache, sondern nur noch als entfernter Anlaß des Schadens in Betracht kommt; der Kläger ist somit nicht durch den Hund verletzt worden (OLG. Rspr. Bd. 9 S. 44, 45). Es ist übrigens in I. Instanz auch darauf hingewiesen worden, daß der Anspruch des Klägers schon deshalb unbegründet sei, weil das Umwerfen des Pflugwägelchens nicht durch den Hund, sondern durch das Pferd herbeigerufen worden sei. Der Erstrichter hat diesen Einwand nur für zutreffend erklärt, wenn man annehmen wollte, das Scheuen und Durchgehen des Pferdes sei eine willkürliche Tätigkeit, unbeeinflußt durch das Gebell, gewesen. Eine solche willkürliche Handlung des Pferdes liegt aber in der Tat vor. Von einem willkürlichen Handeln eines Tieres kann nur dann nicht gesprochen werden, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, welcher die Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können. Ereignisse des täglichen Lebens gehören aber nicht zu den mit unwiderstehlicher Gewalt über das Tier hereinbrechenden äußeren Ereignissen, welche die Wirkung haben, ein selbständiges Verhalten des Tieres auszuschließen. Zu diesen Ereignissen des täglichen Lebens ist zweifellos das Anbellen eines Pferdes durch einen Hund zu rechnen. Es liegt in der tierischen Natur der Pferde, daß sie durch plötzliche Einwirkungen auf ihre Sinne erschreckt und scheu gemacht werden: dieses Verhalten ist aber doch willkürlich und selbständig (Staudinger a. a. O. § 833 Ziff. 3 b δ; JWSchr. 1905 S. 174, 392, 531; DJZ. Bd. 10 S. 862; OLG. Rspr. Bd. 9 S. 45). (Urteil vom 31. März 1906. BR. 79/05.)

538 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Klage aus einem Wechsel mit unmöglichem Verfalltag. Die Klägerin erhob auf Grund eines nicht eingelösten, vom 1. November 1906 datierten, am 1. April 1906 zahlbaren Wechsels Klage. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: Bei der streng förmlichen Eigenart der Wechselverbindlichkeit darf der gewollte Inhalt der Wechselerklärung nur aus der Wechselurkunde selbst entnommen werden. Gehen aus ihr die wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (Art. 4 WO.) nicht bestimmt hervor, so ist der Wechsel ungültig. Zu den wesentlichen Erfordernissen gehört u. a. die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, und es sind daher Wechsel mit unmöglichem Verfalltag ungültig, sei es, daß der Tag nicht existiert — 30. Februar — sei es, daß er nicht mehr eintreten kann, weil er vor dem Ausstellungstag liegt. (Rehbein WO. 1900 Bem. 1 und 12 zu Art. 4, Bernstein WO. 1898 § 4 BGB. zu Art. 4, Staub WO. 1901 § 16 zu Art. 4.) Letzterer Fall ist hier gegeben und handelt es sich nicht, wie der Erstrichter annimmt, um ein unmögliches Ausstellungsdatum, da ja die Vordatierung zulässig ist. Die Klägerin versucht zwar, auf den Weg der Auslegung zu verweisen, um darzutun, daß die Jahreszahl des Datums der Wechselausstellung notwendig mit 1905 statt 1906 gelesen werden müsse, und beruft sich hierzu hauptsächlich auf den Entwertungstag der Wechselstempelmarke (1. November 1905) und die vom Aussteller und Akzeptanten in den Wechsel übereinstimmend eingesetzte Verfallzeit (1. April 1906). Zur Auslegung gibt das Datum aber keinen Raum, da es deutlich und vollständig ist. Die Heranziehung der Stempelmarke ist unbehelflich, da sie keinen Bestandteil des Wechsels bildet und ihre vorzeitige Verwendung denkbar ist. Die übereinstimmende Benennung des Verfalltags durch Aussteller und Akzeptanten im Wechsel schließt ein Verschreiben der Jahreszahl nicht aus. Der Widerspruch zwischen Ausstellungs- und Verfallzeit läßt sich aus dem Wechsel selbst mit Bestimmtheit nicht lösen. Ein derartiger, einer sicheren Zahlungszeit entbehrender, daher in einem wesentlichen Teile mangelhafter Wechsel kann einen wechselmäßigen Anspruch nicht begründen. (Urteil vom 2. Juli 1906.) **H.**

627

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu §§ 823, 833, 254 BGB. Am 30. Juni 1904 verletzte sich auf einer Wiese der Schmied Sch. dadurch, daß ihm beim Probieren und Reinigen einer am 19. Juni 1904 von ihm im Auftrage einer Maschinenfabrik an den Gutsbesitzer R. verkauften Grasmähmaschine die sogenannten Finger des Fingerbalkens (am Fingerbalken festgemachte eiserne Zähne, die das abzumähende Gras auffangen und festhalten) eine schwere Verletzung der Oberschenkel zufügten, als er 20—25 cm vor dem Fingerbalken mit den Händen das auf dem Boden liegende Gras wegräumte. Mit der Klage verlangte Sch. von R. Schadensersatz, weil Beklagter seine Pferde nicht so fest gehalten habe, daß eine Vorwärtsbewegung der Maschine ausgeschlossen war. Die Klage wurde vom Berufungsgericht am 3. Mai 1906 abgewiesen.

Aus den Gründen: Die Klage ist auf § 823 und § 833 BGB. gestützt. Der letztere Klagegrund ist offenbar gegeben, weil der Unfall dadurch entstand, daß infolge eines Fliegenstichs das Sattelpferd des Beklagten einen Sprung machte, und dadurch die Maschine, von welcher Kläger nur 20—25 cm entfernt kniete, sich gegen den Kläger bewegte. Es ist also der Schaden durch die Tätigkeit eines Tieres herbeigeführt worden, die sich als Ausfluß der tierischen Natur, als ein durch eine äußere Reizung veranlaßtes willkürliches Tun des Tieres darstellt. Nun ist auch gegenüber dem Falle des § 833 BGB. der § 254 anwendbar. Das Berufungsgericht ist aber der Anschauung, daß Kläger fahrlässig handelte, weil er entgegen der durch Sachverständige bestätigten Gepflogenheit, die Wegräumung des Grases nicht von vorne, sondern von hinten zu besorgen, sich vor den Fingerbalken hinkniete und das Gras mit beiden Händen wegräumte. Auch hätte Kläger die Gefahr dadurch beseitigen können, daß er vor dem Wegräumen des Grases den Fingerbalken durch den an ihm befestigten Kipphebel in die Höhe stellte. Diese Unvorsichtigkeit muß dem Kläger als vorwiegendes Verschulden im Sinne des § 254 BGB. angerechnet werden, zumal er als gewerbsmäßiger Versteller dieser Grasmähmaschinen deren Bau, Einrichtung und Gefahren genau kennen und auch den Erwerber der Maschine darauf aufmerksam machen mußte.

Nun behauptet zwar Kläger, daß er damals dem Beklagten den Auftrag erteilt habe, während des Wegräumens des Grases bei den Pferden stehen zu bleiben und diese zu halten, allein ein plötzlicher unbedeutender Sprung oder Ruck des einen oder anderen Pferdes wäre auch in diesem Falle nicht zu vermeiden gewesen, und der dem Kläger drohenden Gefahr gegenüber nur das einzige Mittel angezeigt gewesen, die Pferde auszuspannen, was Kläger selbst dem Beklagten nicht zugemutet hat. Es war also Sache des Klägers, entweder von hinten zu räumen, oder den Fingerbalken mittels des Kipphebels emporzustellen.

578 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Literatur.

Jacobi, Dr. Ernst, Professor in Münster i. W. Das Wertpapier als Legitimationsmittel. München 1906. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Brosch. Mk. 3.— (Bd. XIV Heft 1 der von Professor Dr. Otto Fischer in Breslau herausgegebenen Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs.)

Das Buch enthält sehr gründliche Untersuchungen, auf deren Ergebnisse im einzelnen einzugehen wir uns wegen Mangel an Raum versagen müssen. P.

Stade, Reinhold, Superintendent a. D. in Weimar. Der politische Verbrecher und seine Gefängnishaft. Kriminalistische Studie. Leipzig, Dörffling und Franke, 1905. Brosch. Mk. 2.—.

Mit dem 1. Teil des Buches, der die Strafwürdigkeit des politischen Verbrechers behandelt und auch ethische Betrachtungen über das Thema enthält, kann sich der Berichterstatter nicht ganz einverstanden erklären. Zu begrüßen ist ja das Buch zweifellos, weil es ein Gegengewicht gegen die allzu weichherzige Beurteilung gewisser Klassen von Verfehlungen schafft und der Irreführung der öffentlichen Meinung durch die Tagespresse entgegenwirkt. Doch scheint uns der Verfasser in seinem sittlichen Urteil über das politische Verbrechen zuweilen über das Ziel hinauszuschießen. Die Rücksicht auf den beschränkten Raum hindert den Berichterstatter, sich über die Einzelheiten zu verbreiten. Durchaus beizustimmen ist den Ausführungen des 2 Teils, die sich energisch gegen eine grundsätzliche Bevorzugung einzelner Klassen von Verbrechern (insbesondere der wegen Preßdelikten verurteilten Personen) hinsichtlich des Strafvollzugs aussprechen. Die „Gleichheit aller vor dem Gesetz" ist, wenn es sich um eigene Strafhaft handelt, oft gerade denjenigen Vertretern der Presse recht unbequem, die sie sonst mit tönenden Worten verfechten.

von der Pfordten.

Wittmaack, Hermann, Reichsgerichtsrat a. D. Das Erbbaurecht des BGB. München 1906. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Brosch. Mk. 10.—.

Die gemeinrechtliche Superficies ist im BGB. in der Form des Erbbaurechtes aufrecht erhalten worden. Das moderne Erbbaurecht wird sicher eine hervorragende sozialpolitische Bedeutung gewinnen, wenn seine Ausnützung zur Lösung der Wohnungsfrage gelingt. Dieser großen Bedeutung entspricht nun die rechtliche Ausgestaltung nicht ganz, die es im BGB. gefunden hat, denn der Gesetzgeber hat ganze sechs Paragraphen für die Regelung des seiner Natur nach verwickelten Rechtsinstitutes ausreichend gefunden. Bei dieser allzugroßen Kürze ist es außerordentlich begrüßenswert, daß in dem Wittmaackschen Werke dem Juristen eine systematische Darstellung des Erbbaurechtes dargeboten ist, die den gesamten Rechtsstoff umfaßt. Die Entstehung, Dauer und Veräußerlichkeit des Erbbaurechtes, die Rechtsverhältnisse zwischen dem Erbbauer und dem Grundeigentümer und zu den Nachbargrundstücken, die einschlägigen grundbuchrechtlichen Gesetzesbestimmungen, die dingliche Belastung, die Zwangsvollstreckung usw. sind in der gründlichsten Weise behandelt. Die vielen nicht zum wenigsten durch die Kürze des Gesetzgebers veranlaßten Streitfragen, denen leider nicht nur eine rein theoretische, sondern vielfach auch eine große praktische Bedeutung zukommt, hat der Verfasser gründlich untersucht und auch stets eine gut begründete und einleuchtende Lösung gefunden. Ein großer Vorzug des Buches liegt ferner noch darin, daß der Verfasser zugleich mit der rechtlichen Gestaltung des Erbbaurechtes auch dessen wirtschaftliche Funktionen in sehr belehrender Weise dargelegt und damit den Praktiker, der mit der Abfassung oder Würdigung von Erbbaurechtsverträgen befaßt wird, in den Stand gesetzt hat, auch die dabei in Betracht kommenden wirtschaftlichen Fragen klar zu überschauen. Das Buch enthält auch noch sehr instruktive Muster von Erbbaurechtsverträgen. — Jedem, der viel mit dem Liegenschaftsrecht befaßt ist, vor allem jedem Notar ist die Anschaffung dieses Werkes warm zu empfehlen. Das Buch ist unter den von Univ.-Professor Dr. Otto Fischer in Breslau herausgegebenen Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches erschienen. St....

Weidlich, Dr. iur. Karl, Die englische Strafprozeßpraxis und die deutsche Strafprozeßreform. Berlin 1906. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Gebd. Mk. 1.80.

Der Verfasser schildert in großen Zügen Organisation und Verfahren der Gerichte in England und untersucht unter Heranziehung der Beschlüsse der Reform-Kommission, inwieweit der englische Strafprozeß für den künftigen deutschen Strafprozeß vorbildlich werden kann. Er ist keineswegs ein blinder Anbeter englischer Rechtszustände, schlägt aber vor, mancherlei Grundsätze des englischen Prozesses herüberzunehmen, und entwickelt im übrigen ein selbständiges, durchaus maßvolles und verständiges Reformprogramm. Er tritt insbesondere ein für prozessuale Gleichstellung der Anklagebehörde mit dem Angeklagten, Beseitigung aller Niederschläge des Inquisitionsprozesses, Abschaffung der Voruntersuchung und des Eröffnungsbeschlusses, Verminderung des Schreibwerks (vor allem auch bei der Begründung der Urteile); ferner empfiehlt er warm die Umwandlung der Schwurgerichte und Strafkammern in Schöffengerichte. Beachtenswert ist auch sein Vorschlag der Schaffung einer einheitlichen, der Staatsanwaltschaft unterstellten Sicherheitspolizei. Die kleine Schrift ist zweifellos ein sehr wertvoller Beitrag zu der Reform des Strafprozesses und überragt weit die große Menge der über die einschlägigen Fragen von oft recht unberufenen Autoren zusammengeschriebenen Bücher. Sie ist auch stilistisch durchaus einwandfrei.

von der Pfordten.

Notiz.

Das GVBl. enthält in Nr. 54 S. 573 ff. das **Gesetz vom 20. August 1906, die Aenderung des Gesetzes über das Gebührenwesen betr.** Am 1. September 1906 ist die Novelle in Kraft getreten. Sie ist so umfangreich, daß der Uebersichtlichkeit halber das ganze Gebührengesetz eine neue Fassung erhalten soll. Eine diesbezügliche Bekanntmachung wird jedenfalls in Bälde folgen. Die in dieser Zeitschrift Jahrg. 1906 S. 179 ff. näher besprochenen Vorschläge des Gesetzentwurfs über die vertragsmäßige Auseinandersetzung eines Gesamtguts und die Gebührenpflicht einer Mehrheit von Erben sind fast unverändert Gesetz geworden, weshalb hier für diesen Teil der neuen Gesetzgebung auf jene Abhandlung Bezug genommen werden kann. Abweichend von der Regierungsvorlage ist nur bestimmt, daß bei der Teilung eines ehelichen Gesamtguts in allen Fällen, also auch dann, wenn die Auseinandersetzung nach der Ehescheidung oder während bestehender Ehe erfolgt, die Gebühr nur aus dem halben Wert des Gesamtguts erhoben werden soll (Art. 146 a). Für die Berechnung der Besitzveränderungsgebühr gilt von nun an die Erbengemeinschaft als eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (Art. 250 Abs. 3), was ohne Zweifel zur Vereinfachung dient. Beim Vermächtnis von Grundstücken wird künftig die vom Erben bezahlte Besitzveränderungsgebühr zurückvergütet, wenn das vermachte Grundstück von dem Erben dem Vermächtnisnehmer aufgelassen und die Gebühr für die Auflassung bezahlt ist (Art. 151 a), wodurch ein im Jahre 1899 unterlaufenes gesetzgeberisches Versehen behoben wird. Neu ist die Bestimmung, daß die Hälfte der für die Erteilung des Erbscheins vorgesehenen Gebühr zu entrichten ist, wenn die Erteilung des Erbscheins abgelehnt wird (Art. 96 Abs. 4). In Vormundschaftssachen sind bei größeren Mündelvermögen die Gebühren sehr gesteigert. Statt der Sätze des GKG. ist ein anderer Berechnungsmodus eingeführt (Art. 83). Bei den zur Besorgung einzelner Angelegenheiten bestellten Pflegschaften oder Beistandschaften ist die Gebühr nach oben nicht mehr begrenzt, so daß je nach dem Wert des Gegenstandes der seitherige Maximalsatz von 20 Mk. weit überschritten werden kann (Art. 89). Die Gebührenfreiheit der Pflegschaften und Beistandschaften, die sich nur auf die Fürsorge für die Person beziehen, ist aufgehoben (Art. 90). Sehr von Bedeutung sind die neuen Gebühren für die Eintragungen in das Handelsregister. Die niedrigen festen Sätze wurden beseitigt. Bei Einzelkaufleuten steigt die Gebühr stufenweise von 2 Mk. bis 75 Mk. je nach dem Betrag der Jahresgewerbesteuer. Das Zweifache der für Einzelkaufleute bestimmten Gebühr haben offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften zu entrichten. Bei Aktiengesellschaften wird die Eintragungsgebühr in der Regel nach der Höhe des Aktienkapitals berechnet, ohne daß eine Grenze nach oben gezogen ist (Art 55). Eingehende Vollzugsvorschriften werden hier nicht entbehrt werden können. Die Bestimmungen über die Gebührenerhebung für Gesellschaftsverträge oder Beschlüsse der Generalversammlung, Erhöhung des Aktienkapitals betreffend, sind ergänzt (Art. 60, 150). Für Gesellschaften m. b. H. sind die Gebühren erhöht. In Grundbuchsachen ist die Neuerung bemerkenswert, daß künftig alle Eintragungen in den Titel, auch wenn die Einschreibung auf Antrag erfolgt, gebührenfrei bleiben (Art. 116). Nach Art. 116 soll die Ersetzung der Forderung, für welche eine Hypothek besteht, durch eine einem anderen Gläubiger zustehende Forderung der gleichen Gebühr unterliegen wie die Uebertragung einer Hypothek. Durch einen Zusatz zu Art. 160 ist klar gestellt, daß Rechtsgeschäfte, durch die der Inhalt eines Rechtes an einem Grundstück geändert wird, nur mit der Gebühr von einer Mark zu bewerten sind (z. B. Abänderung der Zins- und Zahlungsbestimmungen bezüglich eines Hypothekkapitals). Hervorzuheben ist schließlich noch die Umgestaltung des Art. 220. Darnach ist künftig als Entscheidungsgebühr für die Volljährigkeitserklärung, für die Bewilligung einer nach den §§ 1303, 1313 BGB. zulässigen Befreiung, für die Ehelichkeitserklärung und für die Bewilligung der Befreiung von einem der Erfordernisse des § 1744 BGB. die volle Gebühr des § 8 GKG. und für die Bewilligung der Befreiung von dem Ehehindernisse des § 1312 BGB. das Zweifache dieser Gebühr zu erheben. Der Wert, aus dem die Gebühr zu berechnen ist, soll unter Berücksichtigung der Vermögens- und sonstigen Erwerbsverhältnisse festgesetzt werden. Es besteht die Möglichkeit einer Ermäßigung auf ¼, und es ist auch nach wie vor zulässig, nach Art. 4 Abs. 1 einstweilige Befreiung von der Gebühr zu bewilligen. § 10 GKG. ist nicht anwendbar. Im übrigen muß, da hier nur ein kurzer Ueberblick gegeben werden kann, auf den Gesetzestext verwiesen werden. An gebührenrechtlichen Streitfragen wird es auch fernerhin nicht fehlen, weil so manches, was sich in den letzten Jahren als verbesserungsbedürftig erwiesen hat oder in der Praxis zu Zweifeln Anlaß gibt, von der Novelle nicht berücksichtigt ist. Auch sind die neuen Vorschriften für Nachlaß- und Teilungssachen keineswegs so klar und einfach, wie man wünschen möchte.

W.

☛ **Notiz:** Die verehrlichen Mitarbeiter werden höflichst gebeten, die Rückseiten der Manuskriptblätter frei zu lassen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, II. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



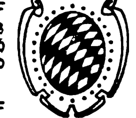
Nr. 20. München, den 15. Oktober 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der Formzwang des § 313 BGB. vor dem 28. deutschen Juristentag.

Von Rechtsanwalt **Dr. Herbert Jacobi** in München.

Kaum ist das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten, und schon regt es sich mit Abänderungsvorschlägen an allen Enden.

Ueber eine Novelle zu § 833 hat der Reichstag bereits in zwei Lesungen beraten; eine Spezialbestimmung über die Haftung der Automobilbesitzer ist unvermeidlich, und auch die Formvorschrift des § 313 BGB. ist bereits als schädlich und verkehrshemmend angegriffen worden.[1])

Aber während in den ersten Fällen die Reformfreunde und die Anhänger des bestehenden Rechts gleichmäßig über ganz Deutschland verteilt sind, zeigt sich bei der Frage, ob sich die Beibehaltung oder Aenderung des § 313 BGB. empfiehlt, ein durchaus anderes geographisches Bild; der industriereiche Westen, die kaufmännischen Zentren des deutschen Reichs — Berlin,[2]) Hamburg,[3]) Mannheim[4]) — rufen entschieden nach Abänderung des § 313 und Aufhebung des notariellen oder gerichtlichen Formzwangs, während Bayern, unter der strengen Schule des Art. 14 des NotG. von 1861 an das Erfordernis der notariellen Verbriefung gewöhnt, umgekehrt den von Norden drohenden Ansturm kaum begreift, und seine Intensität erheblich unterschätzt. Gewiß, der Juristentag hat, um es vorauszuschicken, den Angriff abgeschlagen, und sein Votum gegen jede Abänderung des § 313 in gegenwärtiger Form abgegeben; die unterlegene Minorität aber zählt — was zu denken gibt — Namen wie OLG.-Präsident Hamm, Oberneck und Hachenburg; ihre Bedeutung ist um so weniger zu unterschätzen, als in der Versammlung das Gerücht ging, im preußischen Justizministerium würde ein die Abänderung des gegenwärtigen Rechts heischender Beschluß nicht ungern begrüßt werden, und nach den Erklärungen des vormaligen preußischen Justizministers Dr. Schönstedt im preußischen Abgeordnetenhaus vom 31. Januar 1901 scheint diese Annahme nicht der tatsächlichen Unterlage zu ermangeln. Eine Verteidigung des § 313 BGB. ist wenigstens damals kaum oder doch nur äußerst schüchtern versucht worden.

Die Vorschrift des § 313 BGB., welche für den obligatorischen, ein Immobile betreffenden Veräußerungsvertrag den Zwang notarieller oder gerichtlicher Beurkundung festsetzt, war für Preußen neues Recht. Im Gebiete des allgemeinen Landrechts genügte auf Grund des Gesetzes vom 5. Mai 1872 die einfache Schriftform für den obligatorischen Verpflichtungsvertrag. Und ebenso war im Gebiete des französischen Rechtes Schriftlichkeit hinreichend und erforderlich.

Das dingliche Erfüllungsgeschäft freilich, die Auflassung selbst, stand auch schon damals unter Formzwang; die Erklärungen mußten bei dem Grundbuchamt abgegeben werden.

Darüber, daß beim Erfüllungsgeschäft Formzwang unentbehrlich ist, besteht kein Streit.

Die Reformbestrebungen[1]) setzten schon im zweiten Jahre der Geltung des BGB. ein. Bereits in der Sitzung des preußischen Abgeordnetenhauses vom 31. Januar 1901 brachte Landgerichtsdirektor Schmitz-Düsseldorf vor, daß er nicht glaube, die Bevölkerung werde sich mit der Notwendigkeit notarieller oder gerichtlicher Verbriefung des obligatorischen Kaufvertrages über ein Immobile versöhnen. Es widerstreite dem Rechtsempfinden des Volkes, wie dem Bedürfnisse des Verkehrslebens, daß dem handschriftlichen Vertrage jede rechtliche Bedeutung, insbesondere im Fall des Vertragsbruchs auch jeder Ersatzanspruch abgesprochen werde. Die Bewegung verschärfte sich, als die preußischen

---

[1]) Vgl. in Allgemeinen Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages. Bd. I S. 18 ff. (Dorst), Bd. II S. 105 ff. (Stranz), S. 389 (Haenichke), Bd. III S. 438 (v. Pechmann), ferner DJZ. VII S. 422, VIII: S. 99, XI S. 942.

[2]) Oberneck in DJZ. VII 422.

[3]) RA. Dr. Goldfeld auf dem Juristentage.

[4]) Ebenso Hachenburg.

---

[1]) Vgl. hierüber von Pechmann in den Verhandlungen des 26. Juristentages Bd. III. S. 445—457.

Auktionatoren, welchen das frühere Rechtssystem die Vornahme von Versteigerungsterminen zum Verkauf und zur Parzellierung von Grundstücken ermöglicht hatte, erkannten, daß ihnen die neue Rechtsordnung einen Umkreis von Geschäften entzog. Nur die Auktionatoren in Ostfriesland, Harlingerland und im Regierungsbezirk Osnabrück waren, ohne daß Gründe bekannt sind, nach Art. 125 des preuß. G. über die freiwillige Gerichtsbarkeit zur Vornahme und Beurkundung öffentlicher Grundstücks-Versteigerungen privilegiert (vgl. Art. 142 EG. z. BGB.). Der Auktionatorenverband verlangte, und zwar unter Zustimmung mehrerer Handelskammern, Ausdehnung dieser Vorschriften auf ganz Preußen. — Bei den über diesen Antrag im Jahre 1902 im preußischen Abgeordnetenhaus gepflogenen Verhandlungen anerkannte man zwar im allgemeinen die Begründetheit der Beschwerden der Petenten, welche nicht sowohl über die Begünstigung eines territorial abgegrenzten Teils ihres Standes sich beschwert als vielmehr auch urgiert hatten, daß die neue Vorschrift den Wortbruch begünstige, und dadurch den vertragstreuen Käufer unter Umständen erheblich schädige; die Petition wurde der Regierung als Material überwiesen, und zwar mit der Begründung, daß man den Beschwerden, die sich recht eigentlich gegen die Vorschriften des § 313 BGB. wenden, besser durch dessen Abänderung abhelfe, als durch Ausdehnung des Geltungsgebietes des Art. 125 l. c.

Auch die Grund- und Hausbesitzervereine haben auf dem Verbandstage zu Berlin im Jahre 1902 eine Resolution auf Abänderung des § 313 angenommen. Der Juristentag hatte bereits im Jahre 1902 die Frage nach der Abänderung der Vorschrift des § 313 auf die Tagesordnung gesetzt, sie gelangte jedoch aus Mangel an Zeit nicht damals, sondern erst im Jahre 1906 auf der Kieler Tagung zur Beratung.

Seit 1902 aber hat sich die Bewegung verflacht, von einem neuen Angriff ist nichts bekannt geworden und auch der Juristentag hätte wohl, wenn er nicht durch den Beschluß von 1902 gebunden gewesen wäre, kaum Veranlassung gehabt, bei seiner diesjährigen Tagung die Frage zur Diskussion zu stellen.

Will man sich über die Gründe der nicht zu leugnenden Mißstimmung klar werden, so darf man die Verschiedenheit der Ausführungsgesetzgebung nicht aus dem Auge verlieren.

Während Bayern, ebenso übrigens Baden und Württemberg, von der Ermächtigung des § 98 GBO. Gebrauch gemacht und durch Art. 12 des AG. z. GBO. die Grundbuchbeamten angewiesen hat, nur bei Vorlage einer dem § 313 BGB. entsprechenden Urkunde die Auflassung entgegenzunehmen, ist mangels solcher Vorschriften im übrigen Deutschland der Grundbuchbeamte verpflichtet, jede Auflassungserklärung entgegenzunehmen und im Grundbuch einzutragen, selbst dann, wenn nicht einmal ein schriftlicher Vertrag vorgelegt wird, und das geschieht nicht gar zu selten. Die in dem Gutachten von Stranz[1]) enthaltene, auf Mitteilungen der Gerichte beruhende, private Statistik ergibt, daß z. B. im städtischen Bezirke Berlin (Amtsgericht I) im Jahre 1899 bei 1775 Auflassungen in 640 Fällen ein privatschriftlicher Vertrag und in 248 Fällen überhaupt keine Vertragsurkunde vorgelegt wurde. Mit der Einführung des BGB. ist allerdings die Zahl der auf Grund eines bloß privatschriftlichen Vertrages, oder gar ohne Vorlage einer Vertragsurkunde erklärten Auflassungen erheblich zurückgegangen; aber immerhin waren im Jahre 1900 von 1559 Auflassungen 196 auf Grund eines privatschriftlichen Vertrages und 157 ohne Vorlage einer Vertragsurkunde erfolgt, und die entsprechenden Zahlen stellen sich für 1901 bei 1623 Auflassungen auf 116 bzw. 127.

Das gleiche Resultat wie in Berlin hat sich übrigens, wie betont zu werden verdient, auch in anderen, mehr agrarischen Bezirken, auf welche sich die Enquete erstreckt, ergeben; z. B. im Bezirke des Landgerichts Guben, ferner bei den Amtsgerichten Marienwerder, Graudenz, wo sich überall ein Vordringen der öffentlichen Form auf Kosten der privatschriftlichen herausstellt.

Bei dieser Rechtslage darf es nicht wundernehmen, wenn Mißstände sich herausbilden. Denn durch die Auflassung und Eintragung im Grundbuch werden alle, auch die bloß mündlichen Vertragsabmachungen, Nebenabreden usw. rechtswirksam[2]), (§ 313, S. 2) und daß über den Inhalt mündlicher Vereinbarungen sehr oft Streit entstehen muß, bedarf keines Beweises. Hamm, im übrigen ein entschiedener Feind des bestehenden Formzwangs, hat deshalb in seinem Referate in jedem Falle Streichung des § 313 S. 2 verlangt.[3]) Lasse man die Auflassung ohne Vorlage eines öffentlich beurkundeten Vertrages zu, dann schwebe § 313 völlig in der Luft. Denn der Bauer

---

[1]) Verhandlungen Bd. II. 118.

[2]) Allerdings nur insoweit als noch zur Zeit der Auflassung eine Uebereinstimmung zwischen den Parteien besteht. RGE. 52,$_{8}$, 54,$_{107}$, 57,$_{164}$; es kann z. B. deshalb aus dem in einem Grundstücksveräußerungsvertrag formlos abgegebenen Versprechen des Käufers, seinerseits mehrere, formlose Abverkäufe des Vorbesitzers von Trennstücken an Dritte zu erfüllen, von dem Dritten nach Auflassung gegen den Käufer geklagt werden!!

[3]) Damit wären die dem bayerischen Praktiker so geläufigen Fälle wieder zu neuem Leben erwacht, in welchen Verkäufer auf Rückgewähr des Grundstücks klagen konnte, weil der Kostenersparnis halber ein geringerer Kaufpreis, als wirklich vereinbart, verlautbart war. Auch für das Recht des BGB. hat das RG. bereits in der Entscheidung vom 7. Februar 1906 JW. 1906 S. 161 den Ausgangspunkt der bayer. Praxis gebilligt, nämlich Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrags wegen Nichtbeurkundung des wahren Kaufpreises angenommen.

mache dann überhaupt keinen Vertrag, weder einen schriftlichen noch notariellen und die Misere mit den Nebenabreden, Zusicherungen usw. nehme überhaupt kein Ende.

Ohne sachlich die Richtung der bayerischen Ausführungsgesetzgebung zu billigen, mußte er ihr wenigstens das Prädikat zielbewußter Konsequenz zubilligen.

Nun ist gewiß richtig, daß auch da, wo öffentlich Beurkundung erfolgte, Prozesse über den Inhalt der in den Vertrag nicht aufgenommenen Nebenabreden nicht ausgeschlossen sind. So kann der Käufer gegenüber der auf eine notarielle Kaufsurkunde sich stützenden Klage des Verkäufers auf Entgegennahme der Auflassung einwenden, die Urkunde enthalte eine mündlich abgegebene Zusicherung über das Rentenerträgnis des Hauses nicht, der Kaufpreis sei in der Tat um 30 000 Mk. höher als in der Urkunde angegeben, der Vertrag sei daher nichtig und der Käufer kann auf Grund der ersteren Tatsachen nach betätigter Auflassung und Eintragung im Grundbuch Kaufpreisminderung verlangen, gegen welchen Anspruch seinerseits der Verkäufer mit der Forderung auf Zahlung des vereinbarten, höheren Kaufpreisrestes aufrechnen mag.

Diese Prozesse werden aber da, wo notarielle Beurkundung des Vertrages erfolgt ist, sicher seltener sein, als bei Abschluß eines bloß privatschriftlichen Vertrages.

Ueberblicken wir nun die Reihe der von den Reformfreunden vorgebrachten Gründe, so wird bestritten, daß durch das Gesetz der legislatorische Hauptzweck, übereilte Grundstücksverkäufe, insbesonders Wirtshausgeschäfte, zu verhindern, erreicht werde; auch biete die Mitwirkung des Notars oder Richters keine Gewähr für die Vollständigkeit, Richtigkeit und Verständlichkeit der Beurkundung. Ja im Gegenteil meint Dorst[1]), der Zwang notarieller oder gerichtlicher Beurkundung könne bewirken, daß die Bindung in vielen Fällen rascher und unüberlegter zustande komme, als wenn eine formlose[2]) Bindung genügt.

Beide Teile glaubten im ersten Moment ein gutes Geschäft zu machen und beeilen sich, weil sie den andern nicht gebunden wissen, schleunig den Verpflichtungsvertrag zu vollziehen, ehe sie sich über die Einzelheiten klar geworden seien!!

Aehnlich äußert Oberneck[3]), daß dem Landwucher gegenüber § 313 S. 1 ein Schlag ins Wasser sei.

Denn derjenige, der zur Hintanhaltung der Subhastation in Notlage das Grundstück verkaufen müsse, folge den Dispositionen des Geldgebers und bewillige, um das Geld so schnell wie möglich zu erhalten, auch auf Grund mündlicher Verabredungen oder einfacher Schriftform die Auflassung, um so mehr, als er hierdurch die Beurkundungskosten erspare. Was nun die Oberneckschen Ausführungen anlangt, so beweisen dieselben nur, wie Recht Hamm mit seiner Ansicht hat, daß der in Preußen bestehende Rechtszustand in der Tat zur Folge habe, daß die Formvorschrift des § 313 S. 1 völlig in der Luft schwebe. Sie dürften ferner dartun, daß nicht die ohne Angabe der causa bei Gericht bewilligte Auflassung ein Schutz gegen Wucher und Uebereilung ist, daß vielmehr nur der detaillierte Kaufvertrag des § 313 S. 1 einen solchen gewährt. So dürften sie also gerade beweisen, daß der Erlaß von Vorschriften im Sinne des § 98 GBO., § 12 BayAG. z. GBO. im ganzen Reiche dringend veranlaßt ist.

Daß aber die von Dorst in dunklen Farben gemalten Zukunftsbilder gerade überzeugend wirken, kann nicht behauptet werden.

Man hat so unwillkürlich den Eindruck, daß sie nicht dem Leben entnommene Beispiele, sondern künstlich zurecht konstruierte Exempel seien. Es widerspricht der Erfahrung, wenn Dorst behauptet, der Gang zum Notar, die dort notwendigerweise nochmals erfolgende Besprechung des Vertrages und das pflichtgemäße Eingreifen der Urkundspersonen begünstigen die Uebereilung, anstatt sie hintanzuhalten. Ferner überschätze man, so fährt Dorst fort, die Gefahr der Wirtshausgeschäfte; im Wirtshaus würden viele und wertvolle Geschäfte geschlossen, gerade dort werde lange überlegt und geprüft, ehe man einig sei! Gegenüber der Klage aus einem in der Trunkenheit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gebe der Gesetzgeber Schutz genug durch die Möglichkeit der Anfechtung! Auch könne man nicht bloß durch Wirtshausgeschäfte, sondern durch voreiliges Einsteigern eines Grundstücks sich erheblich schädigen. Die Form biete also keine Garantie.

Auch diese Ausführungen werden von Oberneck unterstrichen, indem er eines Falles gedenkt, in welchem er als Vertreter des Verkäufers sogar gegenüber einem notariell abgeschlossenen Kaufvertrag den Einwand der sinnlosen Trunkenheit vorbrachte. Daraus folgert er, daß auch der Gang zum Notar an dem im Wirtshaus abgeschlossenen Geschäfte nichts ändert.

Leider vergißt nur Oberneck, über den Erfolg dieses Parteivorbringens zu berichten, und er nimmt dadurch diesem singulären, allenfalls nur durch Pflichtwidrigkeit des Notars ermöglichten Einzelfalle die geringe Beweiskraft, die ihm, wäre die Tatsache bewiesen, zukommen würde.

Die Behauptungen von Dorst und Oberneck widersprechen jedoch den allgemein in Deutschland gemachten Erfahrungen.

Ueberblickt man die Resultate der im Jahre 1902 von Justizrat Stranz-Berlin und Bankdirektor von Pechmann-München unabhängig voneinander veranstalteten Enquete, so kann man nur

[1]) Gutachten Bd. I S. 20.
[2]) Im Text: formelle; offenbar Druckfehler.
[3]) DJZ. VII, 423.

den von den Reformfreunden an den Tag gelegten Optimismus neidlos bewundern.

Aus allen möglichen Rechtsgebieten Deutschlands[1]), aus Pommern, Mecklenburg, Rheinpreußen, Schlesien liegen Berichte vor, die mehr oder minder scharf von dem im Gebiete der privatschriftlichen Form verbreiteten Unfug berichten, daß Parzellanten ihre Verkaufstermine in Wirtshäusern auf dem Lande abhielten, und sich dabei häufig der mit Provision belohnten Hilfe der Gastwirte zu erfreuen hatten. Sobald die mit Freibier und Branntwein traktierten Käufer in der richtigen Stimmung waren, wurde das gedruckte Kaufvertragsformular aus der Tasche geholt und von den Käufern unterschrieben. Darnach scheint das Wirtshaus doch kaum ein idealer Ort zum Abschluß wichtiger Geschäfte zu sein.[2])

Die Mitteilung von Kaehne,[3]) daß ihm in seiner Praxis mehrfach Fälle vorgekommen seien, daß vertragslustige Komparenten den Abschluß bereits mündlich vollständig vereinbarter Verträge aufgegeben hätten, nachdem er sie im einzelnen über die Tragweite ihrer Rechte und Pflichten belehrt habe, eine Mitteilung, die sich auch mit den Beobachtungen von Scharff (S. 468), Steinbach Bd. III S. 470, Haenschke Bd. II S. 390 u. a. m. deckt, beweist, daß die Tätigkeit der öffentlichen Urkundspersonen in der Richtung einer Klarstellung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, der möglichst vollständigen Beurkundung sämtlicher tatsächlicher Abmachungen nicht unterschätzt werden kann.

Freilich: der Notar ist kein technischer Sachverständiger. Ueber den wirklichen Wert des Grundstücks kann er eine eigene Kenntnis nicht haben, und schon deshalb wird er eine Bewucherung nicht in allen Fällen hintanhalten können; aber durch Aufklärung der Parteien, durch sorgsame Redaktion der Urkunde wird er wenigstens eine arglistige Fassung der Kaufsurkunde, eine Schädigung der einen Partei durch einseitig von der anderen gelegte Fallstricke zu verhindern wissen.

Solche Schädigungen sind aber da, wo privatschriftliche von Winkelkonsulenten nach Formularen auszufüllende Kaufverträge usuell sind, nicht selten. Wohl ist richtig, daß auch neben den in der notariellen Urkunde enthaltenen Abmachungen noch mündliche Nebenabreden getroffen sein können, Nebenabreden, welche durch die nachfolgende Auflassung und Eintragung völlig rechtswirksam werden. Auch die notarielle Beurkundung kann daher jene unerquicklichen Prozesse nicht völlig verhindern, da kein Notar die Komparenten zwingen kann, ihm sämtliche Verabredungen vollständig und wahrheitsgemäß mitzuteilen.

---

[1]) Gutachten Bd. III S. 468, 469, 470, 473, 474, 475.
[2]) Vgl. Gutachten Bd II S. 129 u. 472.
[3]) Vgl. auch Lesse DJZ. Bd 8 S. 99.

Allein ist es richtig, ein Schutzmittel, das wenigstens in vielen Fällen nutzbringend ist, deshalb völlig zu verwerfen, weil es das Schicksal aller menschlichen Institutionen teilt und in manchen Fällen versagt?

Diese Vorzüge öffentlicher Beurkundung sind denn auch nunmehr im Jahre 1906, im Gegensatz zu dem noch 1902 von Dorst und Oberneck eingenommenen Standpunkte von Hamm in seinem mündlichen Referate unumwunden zugegeben worden. Er verkannte auch nicht die weiteren, aus der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Grundbesitzes hergeleiteten Gründe und wünschte durchaus im Einklang mit Stranz die Seßhaftigkeit des Bauern auf dem Lande zu erhalten.

Und so goß er, der 1901 ebenso wie Dorst verlangt hatte, daß mündliche Vereinbarungen für den obligatorischen Vertrag genügen sollten, und auf dessen Antrag sogar die Frage vom Juristentag zur Debatte gestellt wurde, diesmal Wasser in den Wein, und plädierte für Einführung des Systems der Privatschriftlichkeit, zu welchem sich ebenfalls Dorst unter Preisgabe des in seinem Gutachten eingenommenen Standpunktes bekehrt hatte. Ob letzterer sich dabei auch vor Augen hielt, daß dann die angeblich so unbefriedigende Situation in den fünf von ihm berichteten Fällen die unverändert gleiche wäre, wie nach gegenwärtigem Rechte?

Eine Form müsse verlangt werden, um den Moment des tatsächlichen Vertragsabschlusses von dem der unverbindlichen Vorbesprechungen äußerlich zu unterscheiden, ferner um den Beweis des Inhalts der Abmachungen zu sichern, und schließlich, um dem weniger geschäftsgewandten Vertragsteil eine Ueberlegungsfrist zu gewähren.

Das aber könne alles durch die Schriftform erreicht werden. Der Bauer, von Natur aus mißtrauisch, überlege es sich ebenso lange, bis er zur Feder greife, als bis er zum Notar gehe.

Das Erfordernis der Schriftlichkeit genüge also, um ihn vor übereilten Schritten zu bewahren.

Der Bauer sei überhaupt nicht so geschäftsunerfahren, wie man ihn gewöhnlich darzustellen beliebe; der rheinische Bauer wenigstens sei, wie Hamm sich ausdrückte, recht „raffiniert". Durch die Schriftform aber werde der auf die Dauer unerträgliche Zustand des heutigen Systems beseitigt, daß Wortbruch schnödester Art durch das Gesetz sanktioniert werde! Möge ein noch so detaillierter, gründlich erwogener, privatschriftlicher Kaufvertrag abgeschlossen sein, möge auf Grund desselben der Käufer die vereinbarte Konventionalstrafe, durch welche er sich zur Annahme der Auflassungserklärung verpflichtete, bezahlt haben, möge ferner der Verkäufer, der bisher im Kaufsobjekte gewohnt habe, für schweres Geld sich eine neue Wohnung gemietet, ein neues Haus gekauft haben, so müsse doch nach gegenwärtigem Recht der Verkäufer die Konventional-

strafe herausbezahlen, ohne auch nur wegen seiner Schadensersatzforderungen aufrechnen zu können, sobald es nur dem Käufer nicht mehr beliebe, den Vertrag zu halten.[1]) In diesen, wie in anderen Fällen diene die Formvorschrift nur, um auf illoyale Weise den Kaufpreis herunterdrücken zu können. Der geschäftsgewandte Vertragsteil, der die Formvorschriften kenne, verschaffe sich oft durch sie auf Kosten des nicht gesetzeskundigen Gegenkontrahenten, der sich an den formlosen Vertrag gebunden glaube, einen vom Gesetz sicher nicht gewollten Nutzen.

In dieser Richtung liegen auch die praktischen Fälle, von welchen Dorst[2]) berichtet, auch Hinrichsen[3]) erzählt einen ähnlichen Fall.

Nach den in den Gutachten gegebenen Sachschilderungen hat in vorerwähnten Fällen regelmäßig der Kauflustige unter Berufung auf den Formmangel aus Reue über den Geschäftsabschluß das Wort gebrochen, oder auch da, wo erbteilungs- oder schuldenhalber ein Anwesen verkauft werden mußte, die Erfüllung des formlosen Vertrages lediglich deshalb verweigert, weil er bei der unausbleiblichen Versteigerung das Haus billiger einzusteigern hoffte; nach den Berichten ist auch regelmäßig diese Spekulation geglückt.

Daß diese Fälle recht unerquicklicher Natur sind, soll nicht geleugnet werden; sie sind offenbar nicht gar zu selten. Ein Blick in die neuesten Bände der Entscheidungen des Reichsgerichts beweist, daß unleugbar hier Mißstände vorhanden sind. Wenn z. B. in RGE. Bd. 61 S. 146 die Klage des Käufers auf Rückzahlung der Vertragsstrafe deshalb durchdringt, weil der Notar den als Annex zur notariellen Unterschriftsbeurkundung angefügten, privatschriftlichen Vertrag nicht verlesen hatte, oder wenn in RGE. Bd. 62 S. 411 der Kauflustige die auf Grund eines von ihm selbst zwar detailliert entworfenen, jedoch lediglich vom Verkäufer unterzeichneten notariellen Offerts gezahlte Konventionalstrafe von 50 000 Mk. zurückverlangen kann, so wird man nicht behaupten können, daß diese Entscheidungen dem billigen Rechtsempfinden entsprechen, obwohl ihre juristische Begründetheit kaum bestritten werden kann.

Aber ist deshalb das Gesetz abzuändern?

Die Frage wird zu verneinen sein. Solange man überhaupt eine Formvorschrift für notwendig erachtet, wird es immer Fälle geben, wo wegen formeller Mängel der Urkunde materiell unbillige Entscheidungen erlassen werden müssen.

Das gilt, wie die reichsgerichtliche Judikatur zu § 2231 Ziff. 2 BGB. beweist, auch von der privatschriftlichen Form.

So lange die Reformfreunde überhaupt Formfreiheit verlangten, hatten diese Fälle illoyaler Ausnützung formeller Mängel ihre gewisse Berechtigung. Diese entfällt aber, sobald sie für die Schriftform plädieren. Denn von diesem Moment an kann es sich nur noch um eine Abwägung der Vorteile und Nachteile beider Formen gegeneinander handeln. Die aus dem Wesen der Formvorschrift selbst hervorgehende Möglichkeit der Ausnützung der Formmängel im Widerspruche mit Treu und Glauben besteht bei jeder Regelung in ziemlich gleichem Maße.

Im übrigen darf nicht vergessen werden, daß die Berufung auf den Formmangel nicht nur den frivolen Rücktritt von dem nach reiflicher Ueberlegung geschlossenen Vertrag, sondern sicher in ebenso vielen Fällen auch die Möglichkeit des Rücktritts von dem vorschnell geschlossenen Wirtshausgeschäft erleichtert, ohne daß auf die sonst unvermeidlichen, unerquicklichen Beweisfragen (Betrug, Trunkenheit usw.) eingegangen werden müßte;[1]) und schließlich ist überhaupt die Frage, ob ein Rücktritt vom Vertrag ethisch erlaubt sei oder nicht, eine Frage des Gewissens und der geschäftlichen Moral, die nur im einzelnen Fall beantwortet werden kann, bei Gesetzgebungsfragen aber niemals generell zu lösen ist.

Die Nachteile, die in frivoler Ausnützung der Rechtslage durch den geschäftsgewandteren Kontrahenten eintreten, werden verschwinden, sobald einmal auch in den nördlichen Teilen Deutschlands im Volk allgemein die Notwendigkeit öffentlicher Beurkundung für Grundstücksverkäufe bekannt ist. Die Agenten und Makler allerdings werden bei der Ungültigkeit von bloß mündlich oder schriftlich erteilten Offerten mitunter die Kosten eines notariellen Offerts wagen und tragen müssen; indessen können sie sich damit um so eher abfinden, als sie dafür den Vorteil haben, daß nachträgliche Zweifel über die Verkaufsbedingungen nicht mehr entstehen können.

Wo die Ausführungs-Gesetzgebung nicht, wie in Süddeutschland, die Grundbuchbeamten angewiesen hat, nur bei Vorlage einer dem § 313 S. 1 BGB. entsprechenden Urkunde die Auflassung entgegenzunehmen, wo also praktisch auf Grund privatschriftlicher oder mündlicher Abreden das Eigentum an Grundstücken übertragen werden kann, wird sich nur langsam die Kenntnis dieses Rechtssatzes in den breiteren Volkskreisen durchsetzen.

Besonderer Nachdruck wurde von den Reformfreunden, wiederum in Anknüpfung an die reichsgerichtliche Judikatur, auf die Möglichkeit leichter Umgehung der Formvorschrift gelegt. Man wies z. B. auf die Entscheidungen des Reichsgerichts hin, wonach die Vollmacht zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks nicht der Form-

[1]) Vgl. z. B. JW. 1906 S. 161.
[2]) Verhandlungen Bd. I S. 24.
[3]) Verhandlungen Bd. III S. 466 sub 1.

[1]) Vgl. die von Hinrichsen Bd. III S. 466 berichteten Fälle.



vorschrift unterliege;[1]) auch die bekannte Entscheidung Bd. 53 S. 268 ff., wonach die Abtretung des durch einen Grundstückskaufvertrag begründeten Anspruchs auf Auflassung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht bedürfe, wurde in diesem Zusammenhange erwähnt; da schließlich auch die Einräumung eines persönlichen Vorkaufrechtes formfrei geschehen könne,[2]) so seien hier Wege zur Umgehung genug geöffnet.

In der Tat sind diese Bedenken nicht ganz unbegründet. Trotzdem sind sie unbeachtlich, da bei im übrigen gleicher Rechtslage auch bei Einführung der Schriftform die nämlichen Wege zur Umgehung offen stünden.

Solange die Vorschrift des § 167 Abs. 2 BGB. unverändert bleibt, ist aus dem Mandatsverhältnis heraus der Vollmachtgeber, der mündlich den Vermittler bevollmächtigt hat, zur Abnahme des Grundstücks seinem Beauftragten gegenüber verpflichtet; die Formvorschrift kommt lediglich für den Vertrag zwischen Verkäufer und dem Agenten in Betracht; und auch die Zession des Auflassungsanspruchs wird, solange nicht durch einen Zusatz zu § 398 BGB. eine besondere Form verlangt wird, weder der Schriftform, noch der öffentlichen Beurkundung bedürfen.

Da ferner nach RGE. Bd. 60 S. 232/33 der Vorkaufsberechtigte keine Pflichten, sondern nur Rechte erwirbt, auch auf den Willen des Verpflichteten zu veräußern, oder nicht zu veräußern ein Zwang nicht ausgeübt wird, also auf keiner Seite eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück konstituiert wird, so würde auch diese Umgehungsmöglichkeit bleiben, wenn die ganze Reform lediglich in dem Ersatz der Worte: „gerichtlicher oder notarieller Beurkundung" durch das Wort „Schriftform" bestände.

So ist allerdings richtig, daß im Zusammenhalt mit § 167 Abs. 2, 398 BGB. die Formvorschrift des § 313 S. 1 etwas systemwidrig ist. Und auch der vielfache Hinweis darauf, daß die Vorschrift prinzipwidrig sei, zumal jede andere Verpflichtung zur dinglichen Grundstücksbelastung einer Formvorschrift nicht unterliege, ist vom Standpunkt der Logik aus wohl zutreffend. Allein mit solchen Hinweisen auf die Systematik des Gesetzes wird man der praktischen Verschiedenheit der rechtsgeschäftlichen Vorgänge nicht gerecht.

Verpflichtet sich, wenn auch ohne Not, der Bauer zur Aufnahme eines Hypothekenkapitals, so wird die Belastung doch erst existent, wenn und insoweit ihm das Kapital ausgezahlt wird. Die Bestellung von Nießbrauch, Servituten usw. gehört weniger dem Umkreis des geschäftlichen Handels als dem Gebiete nachbarlicher oder verwandtschaftlicher Beziehungen an. Die Gefahr der Uebervorteilung ist insoweit praktisch jedenfalls erheblich geringer als im Falle des Grundstücksverkaufs.

Doch nicht bloß aus diesen mehr dogmatischen Gesichtspunkten heraus, sondern sogar von der Warte der hohen Politik ist von Freund und Feind die Frage nach der Reform des § 313 BGB. behandelt worden. So hat Stranz, ein Anhänger des geltenden Rechts, es glücklich fertig gebracht, diese nüchterne Zweckmäßigkeitsfrage mit bodenreformerischen Gesichtspunkten zu verquicken und die Vorschriften des § 313 als Palliativ sowohl gegen Mietswucher als gegen übermäßige Grundstücksparzellierung anzupreisen.[1]) Indessen scheint dieser Zusammenhang sehr gesucht und gekünstelt zu sein. Es dürfte ziemlich sicher sein, daß bei den Beratungen über § 313 BGB. weder Reichstag noch Bundesrat ein Votum gegen die, in vielen Teilen Deutschlands dringend notwendige Parzellierung von Latifundien hat geben wollen, zumal bei der territorial bestehenden großen Verschiedenheit der Bodenverteilung sich ein einheitliches Rezept nicht empfiehlt.

Von anderer Seite wiederum wurde die Bestimmung des § 313 als ein Teil jener Politik bezeichnet, welche die Stadt auf Kosten des platten Landes benachteilige. Um den weniger geschäftsgewandten Bauern zu schützen, erschwere man den städtischen Handel, und zwinge ihn zu überflüssigen Ausgaben an Notarskosten.[2])

Indessen wird sicherlich die vielleicht durchschnittlich größere Gewandtheit des städtischen Publikums ausgeglichen durch die im Durchschnitt anzunehmende größere Kompliziertheit der Belastungsverhältnisse eines städtischen Grundstücks. Die eingangs erwähnte Statistik beweist, daß auch früher ohne gesetzlichen Zwang das städtische Publikum zum großen Teile die Notare mit der Verlautbarung beauftragte, daß also weder der Notar als entbehrlich, noch die hiedurch entstehenden Kosten als überflüssig erachtet wurden. In der Tat kann auch im Ernste bei der Höhe der überall zu zahlenden staatlichen und städtischen Besitzveränderungsgebühren, die in Bayern ca. 2,7 % des Bruttowertes des Grundstücks betragen dürften, die geringe notarielle Gebühr kaum als Erschwerung des Handels in Betracht kommen. Jedenfalls hat sie in München, wie die Auswüchse der dortigen Bodenspekulation beweisen, sicher nicht als Verkehrshemmnis gewirkt. — Wenn andererseits in norddeutschen Gebieten darüber Klage geführt wird, die gegenwärtige Rechtsordnung führe dazu, daß die Kontrahenten zunächst zum Notar zum Abschluß des obligatorischen Vertrages und sodann nochmals zum Grundbuchamt zur Abgabe der Auflassungserklärung und Eintragung sich begeben müßten, so kann der hierin liegenden

[1]) Vgl. RGE. Bd. 62 S. 336, ferner RGE. Bd. 54 S. 75, vgl. aber auch RGE. Bd. 50 S. 163.
[2]) RGE. Bd. 60 S. 225. A. M. allerdings RGE. Bd. 59 S. 132.

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 131 ff.
[2]) So auch Gutachten III S. 460.



Beschwerde mit Leichtigkeit dadurch abgeholfen werden, daß die betreffenden Staaten genau wie Bayern auch die Notare zur Entgegennahme der Auflassungserklärung ermächtigen. (Art. 143 EG. z. BGB., Art. 81 AG. z. BGB., Art. 30 NotG.) Auch durch Bevollmächtigung eines Dritten (beispielsweise des Bureauvorstandes des Notars) zur Abgabe der beiderseitigen Erklärungen ist schon jetzt mit Erfolg diese Unannehmlichkeit beseitigt worden.

Fassen wir nun vorstehende Darlegungen zusammen, so wird nicht zu leugnen sein, daß in den Gebieten, in welchen früher das System der Formfreiheit oder Privatschriftlichkeit gegolten hatte, die Ueberleitung einige Schwierigkeiten verursachte, Schwierigkeiten, die hervorgerufen wurden zum Teil auch durch die Mängel der Ausführungsgesetzgebung. Ein erheblicher Teil der Mißstände würde beseitigt werden können, wenn durch Verweigerung der Entgegennahme der vor dem Grundbuchamt ohne Vorlage eines öffentlich beurkundeten Vertrages abgegebenen Auflassungserklärung ein entschiedener Zwang zur Vornahme der Beurkundung ausgeübt, und damit gleichzeitig für Ausbreitung der Kenntnis des fundamentalen Rechtssatzes in § 313 S. 1 gesorgt würde. Gibt man, wie Hamm und nunmehr auch Dorst, überhaupt einmal zu, daß *eine Formvorschrift* zum Abschluß des obligatorischen Vertrages über ein Immobile notwendig sei, so können die mehrfachen Vorzüge der Beurkundung durch juristisch vorgebildete, unabhängige Urkundspersonen im Ernste gar nicht geleugnet werden. Denn sie bietet eine ungleich größere Gewähr für Vollständigkeit, Richtigkeit und Verständlichkeit der Beurkundung als die private Schriftform. Auch schützt sie vor Uebereilung und Bewucherung, wenn auch nicht in allen, so doch in vielen Fällen, und es wäre unklug und unpolitisch, auf *das* Maß des Schutzes zu verzichten, das ohne Schädigung anderweitiger berechtigter Interessen erreicht werden kann. —

Die Wirkungen der Zwangsversteigerung auf das Zubehör.

Von Landrichter **Dr. Paul Altmann** in Charlottenburg.

Besonders verwickelt ist die Behandlung des Zubehörs in der Zwangsversteigerung.[1] Hierbei kommt es oftmals zu Konflikten zwischen dem Schuldner, dem betreibenden Gläubiger, dem Ersteher des von der Zwangsversteigerung betroffenen Grundstücks, dem dritten Besitzer oder redlichen Erwerber des Zubehörs und den Hypothekengläubigern, welche auf das Zubehör kraft ihres Pfandrechts an dem Grundstück Ansprüche erheben.

I. Um eine Grundlage für die Beantwortung der hier auftauchenden, zahlreichen Rechtsfragen zu gewinnen, empfiehlt es sich zunächst, festzustellen, welche Wirkungen die Beschlagnahme bei Einleitung der Zwangsversteigerung eines Grundstückes auf dessen Zubehör ausübt.

Während es im allgemeinen kein Erfordernis der Zubehöreigenschaft ist, daß die Sache dem Eigentümer der Hauptsache gehört, so daß der Eigentümer, der sich zur Veräußerung und Belastung der Hauptsache verpflichtet hat, im Zweifel auch zur Gewährung solcher Pertinenzstücke verpflichtet ist, die ihm nicht gehören, gelten hiervon gewisse Ausnahmen: Die Hypothek (Grundschuld und Rentenschuld) erstreckt sich nur auf das Zubehör, welches dem Eigentümer des Grundstücks *gehört*. (§ 1120 BGB.) Hiernach haftet fremdes Zubehör auch dem gutgläubigen Hypothekengläubiger nicht.

Da nach § 20 Abs. 2 ZwVG. bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks die Beschlagnahme auch Gegenstände umfaßt, auf welche sich die Hypothek erstreckt, so ergreift die Beschlagnahme auch das Zubehör des Grundstücks, sofern dieses zur Zeit der Beschlagnahme dem Eigentümer des Grundstücks gehört. Von der Beschlagnahme werden daher nicht ergriffen:

a) Zubehörstücke, soweit sie nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind (§ 1120 BGB., § 20 Abs. 2 ZwVG.).

b) Zubehörstücke, welche vor der Beschlagnahme veräußert *und* von dem Grundstück entfernt sind (§ 1121 BGB.).

c) Zubehörstücke, welche vor der Beschlagnahme veräußert und erst *nach* der Beschlagnahme von dem Erwerber entfernt sind, sofern letzterer bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme in gutem Glauben war, d. h. von letzterer nichts gewußt hat (§ 1121 Abs. 2 BGB.).

d) Zubehörstücke auch ohne Veräußerung, wenn ihre Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme und in Gemäßheit der §§ 23, 24 ZwVG. auch nach der Beschlagnahme aufgehoben wird (§ 1122 Abs. 2 BGB.).

Der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger hat an denjenigen Zubehörstücken, welche nach vorstehendem von der Beschlagnahme nicht ergriffen werden, kein Pfändungspfandrecht, es gilt daher für sie auch nicht das Veräußerungsverbot des § 23 ZwVG.

Das ZwVG. geht nämlich im § 55 von dem Grundsatze aus, daß die Versteigerung sich auf alle Gegenstände erstreckt, deren Beschlagnahme noch wirksam ist. Auf Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, nicht dagegen auf solche, die der Besitzer, Pächter, Mieter, Nießbraucher,

[1] Vgl. v. d. Pfordten in der BayZfR. 2. Jahrg. (1906) Nr. 5 S. 89 ff. u. Nr. 6 S. 116 ff., sowie die Abhandlungen S. 205 und 215 dieses Jahrgangs.

Sequester usw. dem Grundstücke beigefügt hat (Mot. S. 179), erstreckt sich die Versteigerung auch dann, wenn sie einem Dritten gehören. Der Ersteher erwirbt das Eigentum an ihnen auch dann, wenn er das Eigentum gekannt hat.

Hat der Dritte infolge des Zuschlages sein Eigentum an dem Zubehör verloren, so gebührt ihm allerdings Ersatz aus dem Versteigerungserlöse, welcher jedoch nur verhältnismäßig zu gewähren ist. Der Dritte hat seinen Ersatzanspruch zur Verteilung anzumelden. Wird Grund und Höhe bestritten, so hat das Prozeßgericht darüber zu entscheiden (§§ 114, 115 ZwVG.).

II. Um der vorgedachten Wirkung des Zuschlages zu begegnen (Motive z. ZwVG. S. 151), hat das ZwVG. zur Wahrung und zum Schutze der Rechte Dritter in § 37 Nr. 5 die Vorschrift aufgenommen, daß bei der Bestimmung des Versteigerungstermins die Terminsbestimmung die Aufforderung an diejenigen enthalten muß, welche ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht haben, vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes treten würde. Zu den der Versteigerung entgegenstehenden Rechten gehören auch die Rechte, welche einem Dritten an dem Grundstücke oder an einem mitzuversteigernden Gegenstand z. B. beweglichem Zubehör zustehen (vgl. meinen Kommentar z. ZwVG., Berlin 1904, S. 19 Anm. 1, c, α zu § 9 ZwVG.). Nur dann wird jedoch ein Dritter an dem Zubehör ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 Nr. 5 ZwVG. haben, wenn er z. B. unter Eigentumsvorbehalt Zubehörstücke z. B. wertvolle Maschinen bei einem Fabrikgrundstück (RGZ. Bd. 50 S. 241) oder Vieh- und Wirtschaftsinventar beim Landgut dem Subhastaten gegen Ratenzahlungen verkauft und übergeben hat, der Käufer sich in Zahlungsverzug befindet, und er als Verkäufer von seinem Eigentumsvorbehalt Gebrauch macht und die im Besitz des Subhastaten befindlichen Sachen nach Einleitung der Zwangsversteigerung zurückverlangt (§ 455 BGB.), oder wenn der Dritte vor der Beschlagnahme Zubehörstücke erworben und diese dem Verkäufer und Subhastaten auf Grund eines Mietsvertrags überlassen hat, oder wenn die bereits vom Subhastaten vor der Beschlagnahme verkauften Pertinenzstücke nach der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt worden sind, sofern der Käufer in Ansehung der Beschlagnahme sich in gutem Glauben befand.

Nicht hierher gehört der Fall, in dem der Dritte die Zubehörstücke vor der Beschlagnahme des Grundstücks erworben und in Besitz genommen hat. Hier bleiben die veräußerten und entfernten Zubehörstücke von dem Zwangsversteigerungsverfahren und dessen Wirkungen unberührt. Ebensowenig gehört hierher der Fall, wo der Schuldner nach der Beschlagnahme bewegliche Sachen an einen Dritten veräußert und übergeben hat. Die dem Veräußerungsverbot zuwider erfolgte Verfügung des Schuldners ist auch dem Dritten gegenüber unwirksam, d. h. sie wird als nicht bestehend angesehen. Ist die Uebergabe der Sachen bereits erfolgt, so müssen sie vom Dritten zurückgegeben werden (§§ 816, 822 BGB., vgl. meinen Komm. z. ZwVG. Anm. 3 zu § 23 S. 61).

III. Der Dritte, welcher gemäß § 37 N. 5 ZwVG. die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeiführen will, wird regelmäßig zunächst bei dem Prozeßgericht den Antrag auf Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die Pertinenzstücke oder einstweilige Ausschließung dieser Gegenstände von der Zwangsvollstreckung zu stellen haben (§ 771 Abs. 3 ZPO.). Gleichzeitig wird der Dritte mit demselben Antrag die Klage gegen den die Zwangsversteigerung betreibenden oder dem Verfahren beigetretenen Gläubiger erheben müssen (§ 771 Abs. 1 ZPO.).

IV. Ist die einstweilige Anordnung vom Prozeßgericht durch Beschluß, gegen den regelmäßig (Ausnahmen §§ 707, 719 ZPO.) nur das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, und der daher sofort vollstreckbar ist (§ 794 Nr. 3 ZPO.), erlassen oder die Zwangsvollstreckung durch vollstreckbares Urteil für unzulässig erklärt worden, so muß gemäß § 775 Nr. 2, § 776 ZPO. auch noch die Entscheidung in Ausfertigung dem Vollstreckungsgericht behufs Berücksichtigung des Rechts nach § 37 Nr. 5 ZwVG. rechtzeitig vorgelegt und von diesem die Vollziehung der Entscheidung durch Beschluß gemäß den §§ 32, 33 erwirkt werden. Die rechtzeitige Geltendmachung hängt aber davon ab, daß der Zuschlag noch nicht erteilt ist. (Vgl. meinen Kommentar z. ZwVG. Anm. 7 zu §§ 37, 38 S. 87.)

Nach dem Schlusse der Versteigerung, d. h. in dem Zeitpunkte, in welchem trotz der Aufforderung zur Abgabe von Geboten nach Verlauf einer Stunde seit der ersten Aufforderung ein Gebot nicht mehr abgegeben und das letzte Gebot, sowie der Schluß der Versteigerung verkündet wird (§ 73), darf aber, wenn ein Grund zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens — im ganzen oder in Ansehung einzelner Gegenstände — vorliegt, die Entscheidung nur durch Versagung des Zuschlags gegeben werden (§ 33 ZwVG.).

Ein vereinfachtes Verfahren zum Zwecke der Aufhebung bzw. einstweiligen Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens bezüglich der von Dritten in Anspruch genommenen Pertinenzstücke ist in dringenden Fällen vorgesehen. Nach § 769 Abs. 2 ZPO. kann die dem Prozeßgericht erteilte Befugnis auch das Vollstreckungsgericht auf Antrag ausüben, jedoch nur unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des

Prozeßgerichts beizubringen ist bei Vermeidung der Fortsetzung des Verfahrens. Eine derartige Fortsetzung des Verfahrens von Amts wegen findet nicht statt, wenn die Einstellung auf Grund der Anordnung des Prozeßgerichts erfolgt ist. Alsdann darf das Verfahren nur auf Antrag des Gläubigers, welcher binnen 6 Monaten zu stellen ist, bei Vermeidung der Aufhebung fortgesetzt werden (§ 31 Abs. 1 ZwVG.). Zur Fortsetzung des Verfahrens bedarf es keines besonderen Beschlusses, sondern das Vollstreckungsgericht hat nur den Versteigerungstermin anzuberaumen. Hierin liegt gleichzeitig die Fortsetzung des Verfahrens. Gegen die Terminsbestimmung steht den Beteiligten die sofortige Beschwerde offen (§ 95). Wird ein gestellter Antrag auf Fortsetzung abgelehnt, so muß hierüber ein besonderer motivierter Beschluß erlassen werden, der nach § 329 ZPO. entweder zu verkünden oder dem die Fortsetzung beantragenden Gläubiger zuzustellen ist. Hiergegen ist gleichfalls die sofortige Beschwerde zulässig (§ 95).

V. Abgesehen von dieser auf Veranlassung eines Dritten vom Prozeßgericht angeordneten oder bestätigten Ausschließung gewisser beweglicher Gegenstände von der Immobiliarvollstreckung ist dem Vollstreckungsgericht selbst noch die besondere Befugnis im § 65 ZwVG. gegeben, auf Antrag des betreibenden Gläubigers und jedes nicht im geringsten Gebot stehenden Beteiligten, der aus dem Erlös zu befriedigen ist, anzuordnen, daß eine bewegliche Sache von der Versteigerung ausgeschlossen und besonders versteigert werden soll. Voraussetzung dieser besonderen Versteigerung oder anderweiten Verwertung ist aber: Versteigerung des Grundstücks und Erreichung des geringsten Gebots.

(Schluß folgt.)

Die Erbfolge in Familienfideikommisse.

Von Rechtsanwalt **Dr. S. Dispeker** in München.

In zahlreichen bayerischen Fideikommiß-Stiftungsurkunden ist die vom Stifter angeordnete Erbfolge in der Weise bestimmt, daß in erster Linie die Familie des Stifters, für den Fall ihres Aussterbens beispielsweise der Bruder des Stifters und dessen Nachkommenschaft, und für den Fall des Aussterbens dieser Nachkommen ein anderer Bruder des Stifters und dessen Abkömmlinge zur Fideikommißfolge berufen sind. Derartige Einträge finden sich in den bei den bayerischen Oberlandesgerichten geführten Fideikommißmatrikeln häufig.

Sind sie rechtsgültig? Ist die an dritter Stelle erfolgte Berufung zur Fideikommißnachfolge (sog. Berufung der „dritten Familie") gesetzlich zulässig? Gewährt sie ein Nachfolgerecht in das Fideikommiß?

Diese Fragen wurden jüngst, nachdem sie vom bayerischen obersten Landesgericht bereits wiederholt beschlußmäßig geprüft worden waren, im Prozeßverfahren zum Austrag gebracht.

Der Fall war folgender:

Durch Stiftungsurkunde des Grafen Maximilian von S. vom 15. April 1865 war ein adeliges Familienfideikommiß begründet worden, welches durch das K. Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg bestätigt, in die Fideikommißmatrikel eingetragen und im Regierungsblatt bekannt gegeben wurde. Hinsichtlich der Nachfolge in das Fideikommiß war in der Stiftungsurkunde bestimmt:

„Die Erbfolge im Fideikommisse soll die agnatisch-linealische mit dem Recht der Erstgeburt sein. Die erste Sukzession nach dem Gründer des Fideikommisses gebührt seinem eigenen Mannesstamme. Im Falle des Aussterbens der männlichen Nachkommen des Konstituenten geht das Fideikommiß über: I. auf den k. Kämmerer u. s. f. M. Grafen von S. von G. (Vetter des Stifters) und dessen männliche Deszendenz, II. nach diesen aber auf den k. Kämmerer u. s. f. A. Grafen von S. (Onkel des Stifters) und dessen männliche Nachkommenschaft."

Diese Bestimmungen hinsichtlich der Erbfolge sind in der ersten Rubrik der jetzt beim Oberlandesgerichte Nürnberg geführten Matrikel eingetragen.

Der einzige Sohn des Stifters war 1871 kinderlos verstorben. Das Fideikommiß ging an den in den Sukzessionsbestimmungen unter I genannten Vetter des Stifters und nach dessen Ableben auf seinen Sohn K. E. Grafen von S. über, der das Fideikommiß derzeit besitzt, aber, ebenso wie sein Bruder, ohne männliche Nachkommen ist.

Der derzeitige Fideikommißbesitzer beantragte beim Fideikommißgericht, die Erbfolge des k. Kämmerers u. s. f. A. Grafen von S. (Onkel des Stifters) und dessen männlicher Deszendenz als zu Unrecht eingetragen zu erklären und demgemäß die Löschung dieses Erbfolgeeintrages zu veranlassen. Dieser Antrag war darauf gestützt, daß mit dem im Jahre 1871 ohne Hinterlassung von Nachkommen verstorbenen Sohn des Stifters die erste zur Sukzession berufene Familie erloschen und mit der Nachfolge des Grafen M. von S. von G. (Vetter des Stifters) schon die zweite Familie in das Fideikommiß gelangt sei (§ 84 des FidE.), daß ferner auch eine fideikommissarische Substitution im Sinne der §§ 85, 109 des Ediktes nicht vorliege.

Das Fideikommißgericht wies den Antrag zurück. Aus zwei Gründen: Es führte aus, daß der Sohn des inzwischen ebenfalls gestorbenen Grafen A. von S. die Eigenschaft eines „Anwärters" erworben habe. Es stehe ihm daher in Gemeinschaft mit dem Fideikommißbesitzer und

dessen Bruder das Eigentum am Fideikommisse zu (§ 42 des FidE.). Mit der Bestreitung des Rechtes des Grafen A. von S. und seiner männlichen Nachkommen auf die Nachfolge in das Fideikommiß bestehe ein Streit über das Miteigentum, welcher als Streit über die privatrechtlichen Verhältnisse des Familienfideikommisses zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehöre. Sodann aber sei für den Bezirk, in dem sich das Fideikommiß befinde, das Grundbuch angelegt. Es kämen also die liegenschaftsrechtlichen Vorschriften des BGB. und die Vorschriften der Grundbuchordnung zur Anwendung. Nach § 894 BGB. sei der Antragsteller auf die Erhebung der Grundbuchberichtigungsklage angewiesen.

Das Oberste Landesgericht billigte in seinem Beschluß vom 24. Juli 1905 (Reg. III Nr. 41/1905) die Ausführungen des Oberlandesgerichtes, soweit sie sich auf die Vorschriften des Grundbuchrechts stützen, nicht.[1]) Dagegen stimmte es der fideikommißgerichtlichen Entscheidung insoweit zu, als für die streitig gewordene Frage, ob dem Grafen A. von S. das Recht auf die Nachfolge in das Fideikommiß zustand und ob es seinen männlichen Nachkommen zusteht, nicht das Oberlandesgericht als Fideikommißgericht zuständig sei; denn als solches sei es eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese Streitfrage zu beantworten, also auch darüber zu entscheiden, ob der Konstituent des Fideikommisses die „Familie" des Grafen A. von S. für den Fall des Aussterbens seiner eigenen Familie und der „Familie" des Grafen M. von S. von G. mit rechtlicher Wirksamkeit zur Nachfolge in das Fideikommiß berufen konnte, seien, da es sich dabei um die Entscheidung eines bürgerlichen Rechtsstreites handle, nur die für die Ausübung der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit bestellten Gerichte zuständig. (§ 15 FidE., §§ 12, 13 GVG.).

Der Fideikommißbesitzer war somit zur Erhebung der negativen Feststellungsklage nach § 256 ZPO. genötigt. Zuständig für diese war (und zwar nach § 24 ZPO. ausschließlich) das Gericht, in dessen Bezirk die Fideikommißgrundstücke belegen sind, da auch die Feststellungsklage dem Gerichtsstand folgt, dem die Klage aus dem konkreten Rechtsverhältnis selbst angehört (E. d. RG. 13 S. 387, 21 S. 411, 25 S. 394).

§ 84 Abs. 1 des FidE. lautet:

„Ein Fideikommiß kann nicht nur zum Vorteil einer Familie, sondern auch nach Abgang der ersten Familie oder des Mannesstammes derselben zum Vorteil einer andern Familie errichtet werden."

Nach der übereinstimmenden Auslegung, welche die Praxis des Obersten Gerichtshofes (S. Bd. 6 S. 232 ff., 13 S. 473 ff.) und die Theorie (Becher, Bayer. Landeszivilrecht I S. 961 Anm. 17, Roth-Becher, Bayer. Zivilrecht II 3. Abt. S. 57, Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht S. 460, Hoffmann, Recht des Adels S. 164, Leukart v. Weißdorf, Die Verf.-Urk. des Königreichs Bayern S. 273) dieser Bestimmung gaben, kann ein Fideikommiß nur zum Vorteil einer weiteren Familie, nicht etwa nach dieser auch noch zum Vorteil einer dritten Familie errichtet werden. Hierfür spricht zunächst der mitgeteilte Wortlaut des § 84. Das Gesetz sagt „zum Vorteil einer anderen Familie" und nicht „zum Vorteil anderer Familien". Ebenso spricht der Abs. 2 des § 84 davon, daß „die letzte Familie", solange die erste nicht erloschen ist, gewisse Rechte habe. Aber auch innere Gründe sprechen für diese die Dauer der fideikommissarischen Gebundenheit eines Vermögens einschränkende Willensmeinung des Gesetzgebers. Nach § 109 FidE., der zwar durch Art. 135 des bayer. AG. z. BGB. aufgehoben ist, aber nach Art. 213 EG. z. BGB. in den Fällen noch Anwendung zu finden hat, bei denen es sich um die Nachfolge eines vor 1900 Verstorbenen auf Grund der von ihm getroffenen Bestimmungen handelt, erstreckt sich „eine solche fideikommissarische Substitution nicht weiter als auf einen Substituten und hört mit demselben kraft Gesetzes auf, wenn auch die Disposition das Gegenteil enthalten sollte." Diese zunächst allerdings für die allgemeinen Fideikommisse gegebene Vorschrift gilt, wie auch die Bezugnahme des § 28 Satz 2 FidE. ersehen läßt, auch für die adeligen Fideikommisse.

Auch der Privilegiencharakter der Institution, der eine ausdehnende Auslegung nicht gestattet, spricht dafür, daß die Fideikommißfolge sich nur auf eine zweite Familie erstrecken kann und daß eine weitere Ausdehnung, auch wenn vom Stifter gewollt, als unwirksam und nichtig zu erachten ist. Denn nach § 13 FidE. ist der erklärte Wille des Stifters nur insoweit maßgebend, als seine Anordnungen dem Edikt nicht zuwiderlaufen.

Es fragt sich nun weiter, was unter der „einen Familie" zu verstehen ist, zu deren Vorteil das Fideikommiß errichtet wird. § 77 FidE. bestimmt, daß das Recht zur Erbfolge in Familienfideikommisse sich in der Anordnung des Konstituenten gründet und von diesem oder demjenigen, zu dessen Vorteil er das Fideikommiß errichtet hat, auf die ehelichen Nachkommen übergeht. Hiernach ist für Bayern in Praxis und Theorie anerkannt, daß die zunächst berufene „eine Familie" nur die Nachkommenschaft des ersten Fideikommißbesitzers ist, in dem oben mitgeteilten Fall, in welchem Konstituent und Institut die gleichen Personen waren, die Abkömmlinge des Fideikommißstifters selbst. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob nach Erlöschen des Mannesstammes des ersten Fideikommißbesitzers dessen agnatische Seitenverwandte ohne ausdrückliche Festsetzung eventuell sukzessionsberechtigt sind

[1]) Die Begründung hierfür findet sich in der im 1. Jahrgange dieser Zeitschrift S. 492 abgedruckten Entscheidung des Obersten Landesgerichts.

(Lewis, Recht der Familie FidE. S. 350, Salza, Familien-Fid. § 54 Note 2), ist somit für Bayern gegenstandslos.

Hieran knüpft sich die weitere Frage, was das Gesetz unter der „anderen Familie“, zu deren Vorteil das Fideikommiß errichtet werden kann, verstanden hat, wieweit also der Stifter in deren Abgrenzung gehen darf, ohne gegen das Edikt zu verstoßen.

Es steht sich hier eine weitere und eine engere Auffassung des Begriffes „Familie“ gegenüber. Die erstere hält bei der Berufung der zweiten Familie eine Zusammenfassung von agnatisch unter sich verwandten Linien für zulässig, deren gemeinschaftlicher Stammvater als bereits verstorben für die Nachfolge nicht in Betracht kommt (vgl. auch Roth-Becher § 257 Anm. 1). Diese ausdehnende Auslegung stützt sich wohl hauptsächlich auf die Entstehungsgeschichte des Fideikommißedikts. Während nämlich das Edikt vom 28. Juli 1808 die nach dem bayerischen Landrecht Tl. III c. 10 §§ 1, 4, 6 zulässige Substitution beseitigt, die Familienfideikommisse in Majorate verwandelt und die Erbfolge auf die Nachkommen des Erstberufenen beschränkt hatte, gestattete das Edikt vom 22. Dezember 1811, daß „der erste Majoratsbegründer für den Fall, daß seine eigene, sukzessionsfähige Deszendenz erlöschen würde, die Seitenverwandten seines Namens und Stammes, oder diejenigen aus denselben, die er diesfalls zu substituieren willens ist, gleichfalls zur Majoratsfolge berufen möge.“ Das Edikt von 1818 endlich enthalte demgegenüber noch eine weitere Ausdehnung. Letzteres ist insofern richtig, als die Beschränkung auf verwandte Familien sowie auf die Seitenverwandten in § 84 weggefallen, somit also die Berufung „fremder“ adeliger Familien oder auch von Aszendenten zugelassen worden ist. Falsch aber dürfte es sein, die Entstehungsgeschichte und die Ausführungen Gönners zu einer offenbar dem Gesetz selbst fremden Auslegung des Begriffs der „anderen Familie“ zu verwerten.

Mit Recht hat sich das ObLG. in seinen oben zitierten Beschlüssen und im Anschluß an seine Darlegungen das OLG. Augsburg und das LG. Regensburg in seinem, im oben mitgeteilten Fall erlassenen, inzwischen rechtskräftig gewordenen Urteil vom 20. Juni 1906 — A 267/05 I — auf den Standpunkt gestellt, daß, wie für die erste Familie ein individuell bestimmter Stammvater erfordert werde, der mit seiner Nachkommenschaft zur Fideikommißfolge berufen sei, dies ebenso auch bei der „anderen“ gemäß § 84 berufenen Familie der Fall sei. Nicht alle also, welche irgend einmal einen gemeinsamen Stammvater gehabt, können eventuell berufen werden, sondern nur die Nachkommen eines solchen, der selbst eventuell zur Fideikommißfolge berufen worden ist.

Bei der ausdehnenden Auslegung des Wortes „Familie“ würde sich eine durchaus unklare, verschwommene Begriffsbestimmung ergeben. Wo sollte da die Grenze sein? In dem Beschluß des Obersten Gerichtshofes vom 21. Juli 1891 waren die drei nacheinander eingesetzten Familien-Oberhäupter Neffen des Stifters und untereinander Brüder. Trotzdem hat das Gericht die drei von einem Vater, dem nicht zur Erbfolge berufenen Bruder des Stifters abstammenden Eingesetzten nicht als eine, sondern als drei Familien angesehen.

Nun kann aber in der Ernennung eines zweiten Nachmannes und dessen Familie in der Stiftungsurkunde zugleich die Bestimmung eines Ersatzmannes für den ersten Nachmann enthalten sein (cf. Samml. der E. des ObLG. n. F. 3 S. 317). Eine derartige Einsetzung ist gesetzlich zulässig und widerspricht nicht den Vorschriften der §§ 84, 109 FidE. Hätten also in dem vorstehend mitgeteilten Fall nach dem kinderlosen Tod des Sohnes des Fideikommißstifters und dem damit eingetretenen Erlöschen seiner Familie im Jahre 1871, Graf M. von S. v. G. und dessen Abkömmlinge aus irgend welchen Gründen das Fideikommiß nicht erworben, so hätte wohl die Einsetzung der „dritten“ Familie als Bestimmung eines Ersatzmannes für den ersten, nicht zur Nachfolge gelangten Nachmann aufrecht erhalten werden können. Erst in dem Augenblick, in dem die zweite Familie das Fideikommiß erwirbt, stellt sich die Ernennung der dritten Familie als unzulässig heraus.

Die Bestätigungen der ziemlich zahlreichen Fideikommisse, bei denen, ähnlich wie bei dem Familienfideikommiß der Grafen von S., für den Fall des Aussterbens der nach dem Erlöschen der Familie des Stifters eingesetzten zweiten Familie eine oder auch mehrere andere Familien zur Erbfolge berufen sind, durch die Fideikommißgerichte und die Eintragungen derartiger Bestimmungen in die Fideikommißmatrikeln sind daher in den Fällen, welche die Auslegung der Einsetzung der dritten Familie als Ersatzmann zulassen, durchaus gerechtfertigt. Nebenbei bemerkt, sind zwar Bestätigung und Immatrikulation notwendige Entstehungselemente der Familienfideikommisse, aber weder die eine noch die andere heilt etwaige in der Errichtungsurkunde enthaltene Mängel (cf. Becher § 151 IV. S. 947).

Es dürfte endlich noch zu prüfen sein, ob die, wie gezeigt, für den Fall der Besitzergreifung des Fideikommisses durch die zweite Familie nach § 84 FidE. unzulässige und nichtige Berufung einer dritten Familie in die Erbfolge nicht nach § 85 FidE. aufrecht erhalten werden kann. Nach der in letzterer Gesetzesstelle getroffenen Bestimmung kann mit einem Familienfideikommiß für den Fall, daß die Familie oder ihr Mannesstamm erlischt, eine Substitution verbunden werden. Nach Abs. 2

geht aber das Fideikommiß beim Substituierten nach dem Anfall in Allodium über.

Es ist zunächst höchst zweifelhaft, ob §§ 84 und 85 in der Art kombiniert werden dürfen, daß das Familienfideikommiß zum Vorteil zweier Familien errichtet und weiter hiermit auch noch eine Substitution verbunden werden kann. Entstehungsgeschichte und Wortlaut des § 85 sprechen dagegen, daß durch diese Bestimmung eine Ausnahme von § 109 FidE. gemacht werden wollte.

Die Motive des § 85 waren nach den Ausführungen Gönners die, daß man ermöglichen wollte, daß das im Familienfideikommiß erhaltene Vermögen, „wenn nach Jahrhunderten die Familie erloschen ist, noch öffentlichen Zwecken zugewendet werden könnte, den Instituten der Wohltätigkeit, des Unterrichtes, des Kultus, die ja nicht sterben, wie die Menschen und dem Stifter des Fideikommisses vor Jahrhunderten ebenso bekannt sein konnten, wie ihm die Erben der ausgestorbenen Adelsfamilie unbekannt sein mußten". Ebenso wie Gönner spricht auch das Gesetz selbst in § 85 nur davon, daß mit dem Fideikommiß eine Substitution für den Fall verbunden werden kann, „daß die Familie" und „in derselben" der Mannesstamm erlischt, während es andernfalls wohl die Fassung „die Familien" und „in denselben" gewählt hätte.

Aus Wortlaut und Absicht dieses Paragraphen folgt daher, daß das Fideikommiß außer zugunsten der zunächst bedachten Familie entweder zum Vorteil noch einer zweiten Familie errichtet oder daß für den Fall des Erlöschens der ersten Familie eine Substitution mit ihm verbunden werden kann. Dieser Ansicht scheint auch der höchste bayerische Gerichtshof in seinem Beschluß vom 21. Juli 1891 zuzuneigen, indem er die Kombination der zwei Paragraphen als zweifelhaft in dem dort gegebenen Fall lediglich „zum Vorteil des Beschwerdeführers" angenommen hat.

Aber auch wenn man annehmen wollte, daß das Fideikommißedikt für den Fall des Erlöschens der zweiten Familie die Errichtung einer Substitution gestattet, so wäre in jedem einzelnen Fall genau zu prüfen, ob wirklich in der Stiftungsurkunde eine solche Substitution enthalten ist. Daß die Substitution nach § 85 etwas ganz anderes ist als die Berufung zur Erbfolge nach § 84, ergibt die Nebeneinanderstellung dieser Gesetzesbestimmungen, deren erstere sonst ja gar nicht erforderlich gewesen wäre. Beim Familienfideikommiß besteht die Absicht des Stifters darin, das Familienvermögen unveräußerlich und unzersplittert für alle Geschlechtsnachfolger der in die Fideikommißnachfolge berufenen Familien zu erhalten. In direktem Gegensatz hierzu geht bei dem nach § 85 Substituierten das Familienfideikommiß in Allod über. Die Absicht des Stifters bei Berufung in die Fideikommißnachfolge ist also eine wesentlich andere, ja die gerade entgegengesetzte als bei Errichtung einer Substitution nach § 85.

Wenn also, wie in den meisten Fällen, so auch in dem oben mitgeteilten, in der Stiftungsurkunde an dritter Stelle „A. Graf von S. und dessen männliche Nachkommenschaft" in die Fideikommißfolge berufen sind, so liegt — wie die Anordnung selbst und insbesondere der Satz „und dessen männliche Nachkommenschaft" ersehen läßt — nicht die Anordnung einer Substitution, bei welcher das Fideikommißvermögen zum Allod würde, sondern lediglich die Anordnung einer Erbfolge in das Familienfideikommiß nach § 84 FidE. vor, die aber als solche ungültig ist.

Mitteilungen aus der Praxis.

Die Führung des Handelsregisters. So ausführlich und gründlich namentlich im Vergleich mit den einschlägigen Vorschriften anderer Landesjustizverwaltungen auch die bayerischen Vorschriften vom 24. Dezember 1899 (JMBl. 1899 S. 815) behandelt sind, dürfte es doch nicht überflüssig sein, folgende Fälle aus der Praxis aufzugreifen und zu besprechen:

1. Da durch den neuen Abs. 2 des § 22 HGB. anerkannt ist, daß das Recht zur Fortführung des Geschäftes samt Firma auch auf Zeit übertragen werden kann, wird dieses Verhältnis auch im Handelsregister zu vermerken sein, wenn auch § 124 der Vorschriften dies nicht anordnet. Aehnlich wird auch der Fall zu behandeln sein, daß beim Ableben des Ehemannes dessen Witwe die frühere allgemeine Gütergemeinschaft mit den Kindern fortsetzt und für die Dauer dieses Güterstandes an die Stelle ihres verlebten Ehemannes tritt. Hieran wird auch die Erwägung, daß der Güterstand ihres Ehemannes ja auch nicht eingetragen war, nichts ändern, da es sich in dem einen Fall um ein ständiges Verhältnis und im anderen Falle nur um ein zeitweises handelt. Die Eintragung der Veränderlichkeit solcher Verhältnisse erscheint schon deshalb nötig, um beliebigen Weiterveräußerungen des § 22 HGB. vorzubeugen. Diese Einträge passen im Gesellschaftsregister in die Spalte der Rechtsverhältnisse und im Firmenregister in Spalte 4 des neuen Formulars, ohne daß eine Umschreibung oder Uebertragung im Sinne des § 134 der Registervorschriften stattzufinden hat.

2. Juristische Personen, welche ein Handelsgeschäft betreiben und registerpflichtig sind, gehören bekanntlich in Bayern in das Firmenregister, passen aber, wie aus § 131 der bayerischen Vorschriften selbst unschwer zu entnehmen ist, besser in die Spalten des Gesellschaftsregisters und sind deshalb in Preußen in die Abteilung B des dortigen Handelsregisters verwiesen. Dies gilt namentlich auch von den sogenannten großen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, welche nach § 15 des RG. vom 12. Mai 1901 die Rechtsfähigkeit erlangen und nach § 30 dieses Gesetzes in das Handelsregister eingetragen werden müssen.

3. Aehnlich wie bei den juristischen Personen steht es auch mit den sogenannten Erbengemeinschaften. Da die Erben den Erblasser repräsentieren, werden

sie, wenn dieser im Firmenregister stand, dort einzutragen sein, wobei das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis anzuführen sein wird. Die bayerischen Registervorschriften enthalten hierüber nichts, als daß nach § 135 das Gesellschaftsregister bloß für Handelsgesellschaften bestimmt ist. Wenn auch Erbengemeinschaften keine Handelsgesellschaften und nur vorübergehender Natur sind, dürfte auch hier dasselbe wie für juristische Personen gelten, nämlich, daß sie besser in die Spalten des Gesellschaftsregisters passen würden, als in die des Firmenregisters.

4. Wenn es sich in den Fällen des neuen § 2 HGB. um eine Einzelperson handelt, gehört sie natürlich ins bayerische Firmenregister. Betrieben aber mehrere Personen bisher das Geschäft nach einer Gesellschaftsform des BGB., so geht sie mit der Eintragung ins Handelsregister in eine handelsrechtliche Gesellschaft über und muß je nach den über die Haftung getroffenen Bestimmungen entschieden und bemerkt werden, ob es sich um eine offene Handelsgesellschaft des § 105 HGB. oder um eine Kommanditgesellschaft des § 161 HGB. handelt. Nötigenfalls wird der Gesellschaftsvertrag entsprechend abgeändert und angepaßt werden müssen. Nähere Vorschriften hierüber bestehen nicht.

5. Wenn nach § 125 und 232 HGB. nicht bloß die Vorstandsmitglieder, sondern auch die Prokuristen, nach § 50 und 231 HGB. allerdings nicht im Umfang ihrer Befugnisse, beschränkt werden und für die Prokuristen durch Anwendung obiger Gesetzesstellen eine Art Gesamtprokura des § 48 eingeführt wird, fragt es sich, ob dies nicht bloß wegen des Vorstandes unter den Rechtsverhältnissen des § 141 der bayerischen Registervorschriften, sondern auch bezüglich der Prokuristen in der Prokuristen-Spalte des § 128 vorzutragen sei. Eine eigentliche Gesamtprokura ist dies nicht und auch in § 100, 128 und 136 der Vorschriften nicht behandelt. Da das Handelsgesetzbuch und das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Einrichtung der Handelsregister nichts enthält und die Ausführungsvorschriften vorwürfigen Fall nicht behandeln, dürfte wenigstens nach dem Gesetz sowohl für die Vorstandsmitglieder als auch für die Prokuristen genügen, daß die fragliche Beschränkung überhaupt im Register darinsteht, und zwar am zweckmäßigsten in Spalte 7 des bayerischen Gesellschaftsregisters, ohne daß in Spalte 6 noch ein besonderer Eintrag notwendig erscheint.

Oberlandesgerichtsrat Einwag in Hof.

Wirkung des Rücktritts vom Vertrag insbesondere der Wandelung beim Kauf. Ein Bäcker hatte von einem Mehlhändler ein größeres Quantum Mehl bezogen. Der Bäcker beanstandete das Mehl und verlangte Wandelung des Kaufvertrags. Der Verkäufer erklärte sich mit der Wandelung einverstanden. Noch bevor jedoch der Verkäufer das Mehl wieder zurückerhielt, wurde es für einen Gläubiger des Käufers vom Gerichtsvollzieher gepfändet. Der Verkäufer erhob gegen den Pfandgläubiger Widerspruchsklage mit der Begründung, er sei zweifellos Eigentümer des verkauften Mehles, da er sich mit der Wandelung einverstanden erklärt habe. In der mündlichen Verhandlung erkannte der Vertreter des Beklagten (des Pfandgläubigers) den Klaganspruch auf Aufhebung der Pfändung ohne weiteres an. Es muß jedoch angenommen werden, daß der Beklagte ein Pfandrecht erworben hat und daß daher die Klage unbegründet war. Auf die Wandelung finden nach der Bestimmung des § 467 BGB. die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 357 BGB. entsprechende Anwendung. § 346 bestimmt, daß die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Aus dieser Fassung muß gefolgert werden, daß die Rücktrittserklärung nur obligatorische nicht dingliche Wirkung hat, gleichviel welche Bedeutung man sonst der Rücktrittserklärung beilegt. (Ueber den letzteren Punkt s. Dr. Oertmann, die Bedeutung der Rücktrittserklärung in Bl. f. RA. Bd. 96 S. 65 ff.) Daß dem vollzogenen Rücktritt vom Vertrag vom Gesetzgeber keine dinglichen Wirkungen beigelegt werden wollten, ergibt am besten eine Vergleichung der Bestimmung des § 346 mit § 158 Abs. II, welcher von der auflösenden Bedingung handelt. Während es im § 346 heißt: „Die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren", ist in § 158 Abs. II ausgesprochen, daß mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endigt und mit diesem Zeitpunkt der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Während also bei einer Eigentumsübertragung, welche unter einer auflösenden Bedingung erfolgte, im Falle des Eintritts der Bedingung das Eigentum ohne weiteres wieder an den früheren Eigentümer zurückfällt (selbstverständlich vorbehaltlich wohlerworbener Rechte Dritter z. B. gem. § 932 und § 1207 BGB.), bedarf es nach erfolgtem Rücktritt vom Vertrag einer Rückübertragung des Eigentums an den früheren Eigentümer nach den Vorschriften der §§ 925 ff. BGB. Die gleiche Ansicht findet sich auch vertreten in den Kommentaren zum BGB. von Staudinger, Planck und Schollmeyer jun. Anm. 2 zu § 346 und in Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts § 148. Dieselben Grundsätze sind aber auch auf die Wandelung bei dem Kaufvertrag anzuwenden. Die Bestimmungen des BGB. über den Kaufvertrag insbesondere § 465, geben keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die Vorschrift des § 346 bei entsprechender Anwendung auf die Wandelung eines Kaufvertrags anders ausgelegt werden müssen, als bei einem sonstigen Rücktritt vom Vertrag.

Im vorliegenden Falle war daher zur Zeit der Pfändung der Käufer noch Eigentümer des Mehles und enthielt sohin die Pfändung keinen Eingriff in die Rechte eines Dritten. Die Widerspruchsklage des Verkäufers hätte abgewiesen werden müssen.

Amtsrichter Kraus in München.

Kann die Berichtigung des Grundbuchs oder Hypothekenbuchs durch Eintragung der Miteigentumsanteile oder des für das Gesamteigentum maßgebenden Rechtsverhältnisses von Amts wegen erfolgen? Durch § 48 GBO. soll vorgesehen werden, daß bei Rechten, die mehreren gemeinschaftlich zustehen, stets der Umfang der Berechtigung jedes Teilhabers und die Verfügungsbefugnis der Berechtigten aus dem Grundbuch erhellt. Auch das Hypothekenbuch sollte nach dem BayHypG. innerhalb seines Bereichs mit öffentlichem Glauben Auskunft über den Umfang der Berechtigung und über das Verfügungsrecht der eingetragenen Eigentümer geben. (Regelsberger,

BayHypR., III. Aufl. § 36 zu den Noten 6, 7 und § 17 zu den Noten 7 bis 13). Aus dieser Zweckbestimmung hat das BayObLG. gefolgert, daß auch unter der Herrschaft des BayHypG. bei der Eintragung mehrerer gemeinschaftlich Berechtigter in das Hypothekenbuch das Gemeinschaftsverhältnis näher bezeichnet, also angegeben werden muß, ob Miteigentum nach Bruchteilen und zu welchen Bruchteilen, oder ob Gemeinschaft zur gesamten Hand vorliegt. (Beschluß vom 3. Sept. 1902, Samml. Bd. III S. 687 ff.).[1])

Das BayHypG. enthält keine ausdrückliche dem § 48 der GBO. entsprechende Vorschrift. Daraus mag es sich zum Teil erklären, daß in den Hypothekbüchern die Miteigentümer von Grundstücken oft ohne Angabe der Größe ihrer Anteile und der Art des Gemeinschaftsverhältnisses eingetragen sind. Nach der Entscheidung des BayObLG. (Beschluß vom 7. Nov. 1905, Bl. f. RA. Bd. 71 S. 74/5) ist der Grundsatz des § 40 der BGO., daß eine das Recht eines Miteigentümers betreffende Eintragung in das Grundbuch erst dann vorgenommen werden darf, wenn die Größe der Bruchteile bzw. das die Gemeinschaft zur gesamten Hand begründende Rechtsverhältnis im Grundbuch eingetragen ist, auch bezüglich der unter der Herrschaft des BayHypG. erfolgten Einträge maßgebend; es ist also vorher das Grundbuch durch Eintragung der Anteile oder des maßgebenden Rechtsverhältnisses zu berichtigen.

Diese Berichtigung soll nach einer Entschließung des bayer. Staatsministeriums der Justiz vom 30. Januar 1906 Nr. 4936[1]) nicht von Fall zu Fall, sondern allgemein im Wege eines außerordentlichen Vereinigungsverfahrens dadurch erfolgen, daß die Hypotheken- oder Anlegungsbeamten ältere der dem § 48 der GBO. nicht entsprechenden Einträge von Amts wegen berichtigen. Diese Anordnung wird vielfach dahin ausgelegt, daß nunmehr die Hypotheken- oder Anlegungsbeamten ohne jede Vernehmung der Beteiligten und ohne deren Zustimmung die Berichtigung vornehmen dürften. Der Wortlaut der genannten Entschließung zwingt keineswegs zu dieser Auslegung, die gegen das sog. Antragsprinzip, nämlich gegen den Grundsatz verstößt, daß, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt, eine Eintragung nur auf Antrag erfolgen soll. (§§ 96, 120, 138 des BayHypG., Gönner, Komm. § 120 I S. 171, § 119 III S. 144, Regelsberger § 12 I 1, Becher BayLZR. § 99 II, ferner §§ 13, 14, 39 der GBO., Meikel, Komm. hierzu § 13 Anm. 1, 2.) Die ohne Vernehmung oder Gehör der Beteiligten erfolgte Berichtigung läßt sich auch schwerlich mit dem formellen Konsensprinzip vereinbaren, wonach zu einer Eintragung die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, erforderlich und ausreichend ist. (Achilles-Strecker, GBO. § 19 Anm. 1, Regelsberger, BayHypR. § 26 I.) Die hier vertretene Auffassung teilt wohl auch das ObLG., wenn es in seinem Beschluß vom 7. Nov. 1905 (Bl. f. RA. Bd. 71 S. 74/5) ausdrücklich darauf hinweist, daß die dem § 48 der GBO. entsprechende Grundbuchberichtigung durch Bewilligung der Berechtigten und eventuell durch Beschreiten des Klagewegs nach § 894 des BGB. herbeigeführt werden kann (cf auch § 1438 Abs. III, §§ 1519, 1549 des BGB.).

[1]) Vgl. die Notiz S. 128 des Jahrgangs dieser Zeitschrift und die in dieser Nr. auf S. 405 abgedruckte Entscheidung des ObLG.

Die Unterlassung der Anhörung der Beteiligten würde die Verantwortung der Hypotheken- bzw. Grundbuchbeamten erheblich steigern. Die Ausführungen des Reichsgerichts in dem Beschlusse vom 12. Juli 1905 (Entsch. Bd. 61 S. 228 ff.) treffen auch auf die hier fragliche Feststellung, ob Miteigentum nach Bruchteilen oder Gesamteigentum vorliegt, zu. Denn auch diese Feststellungen „lassen sich mit den im Grundbuchverkehr zulässigen Beweismitteln, abgesehen von Erklärungen der Beteiligten selbst, nicht mit Sicherheit treffen; mit einer so verantwortungsvollen Prüfung und Feststellung soll und kann der Grundbuchrichter nicht befaßt werden.“ Im Grundbuchverkehr ist es unstatthaft, sich auf die gesetzlichen Vermutungen der Gleichheit der Bruchteile und der Zugehörigkeit zum Gesamtgute zu berufen; denn Vermutungen, weil stets widerlegbar, können nie die Grundlage einer Eintragung bilden. (cf. Reichsgericht Bd. 54 S. 86.)

Der Hypothekenbuch- bzw. Grundbuchbeamte kann sich über die einschlägigen Verhältnisse die im Grundbuchverkehr erforderliche formale Gewißheit nur durch Herbeiführung eines Anerkenntnisses der Beteiligten oder durch richterliches Urteil verschaffen.

Die den Eintragungen zu Grunde liegenden notariellen Urkunden werden in der Regel selbst unvollständig und deshalb zur Berichtigung der Einträge nicht geeignet sein; der Mangel wird vielmehr in der Regel durch eine nachträgliche Vernehmung der Beteiligten behoben werden müssen. Diese Vernehmung wird sich z. B. auch nicht dann erübrigen, wenn die Urkunde die Angabe enthält, daß der erwerbende Eheteil in Errungenschaftsgemeinschaft lebt.

Oberamtsrichter **Weber** in Werneck.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

Zu §§ 618, 278, 135 BGB. Das Berufungsgericht hat, wie das Landgericht, die Haftpflicht des Beklagten für die der Klägerin durch einen Sturz in das Aufzugsloch seines Gerstenbodens erwachsenen Nachteile als begründet angesehen und dabei insbesondere erwogen: 1. Die Klägerin sei zur Benutzung des Weges über den Gerstenboden als Zugang zu ihrem im Wohnhause des Beklagten befindlichen Schlafraum von dessen Frau angewiesen worden, welche dabei im Besitz ihrer Schlüsselgewalt und in einer für den Beklagten verbindlichen Weise gehandelt habe. An der Wirksamkeit dieser Anweisung könne auch der Umstand nichts ändern, daß Beklagter seinen Dienstboten das Betreten des Gerstenbodens, sofern nicht eine dienstliche Verrichtung dazu Anlaß gebe, verboten gehabt habe. 2. Der Beklagte sei hiernach gemäß § 618 BGB. verpflichtet gewesen, den von seiner Frau angewiesenen Weg über den Gerstenboden als Zugang zur Schlafkammer der Klägerin ordnungsmäßig zu erhalten, dieser Pflicht aber nicht nachgekommen, insofern damals das erwähnte Aufzugsloch nicht mit dem dafür bestimmten Deckel versehen gewesen sei. Die Verantwortlichkeit für diesen Mangel sei einesteils den Braugehilfen und Lehrlingen des Beklagten beizumessen, welche versehentlich bei Benutzung des Aufzuges am Morgen des fraglichen Tages nicht für die Wiederbedeckung des Aufzugsloches gesorgt hätten, anderenteils der Frau des Beklagten,

welche den außergewöhnlichen Zugang angewiesen habe; in beiderlei Beziehung aber sei nach § 278 des BGB. der Beklagte für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen haftpflichtig. 3. Von einem mitwirkenden Verschulden der Klägerin könne keine Rede sein. Diese habe nach der ihr erteilten Anweisung zur Benutzung des Zugangs mit dessen ordnungsmäßiger Beschaffenheit rechnen können und sei namentlich zur Mitnahme einer Laterne nicht verpflichtet gewesen, wodurch übrigens der Absturz bei dem geringen Hervortreten der Oeffnung kaum verhütet worden wäre. Diese Erwägungen enthalten eine zutreffende Anwendung der §§ 1357 und 278 BGB., sowie eine einwandfreie Beurteilung des mitwirkenden Verschuldens. Ein Rechtsverstoß ist nicht darin zu finden. Die Revision macht zu 1. geltend, daß die Schlüsselgewalt der Frau diese nicht zur Anweisung eines Zugangs durch die zum Geschäft des Mannes gehörigen Betriebsräume habe berechtigen können, jene Anweisung auch gegenüber dem vorausgegangenen ausdrücklichen Verbot des Mannes an seine Dienstboten nicht in Betracht komme. Allein nach § 1357 ist die Frau berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises, zu dem zweifellos auch Beurlaubungen weiblicher Dienstboten und Anweisungen betreffs ihrer Heimkehr gehören, die Geschäfte des Mannes zu besorgen und ihn zu vertreten; es konnte also die Frau des Beklagten so gut wie er der Klägerin den Weg durch dessen Betriebsräume anweisen. Ebensowenig ist das vorausgegangene Verbot des Beklagten an die weiblichen Dienstboten, den Gerstenboden ohne Anlaß zu betreten, von Bedeutung, denn einesteils läuft die für einen besonderen Fall — Zugang zur Nachtzeit — erteilte Anweisung der Frau schon inhaltlich diesem Verbot nicht direkt zuwider, anderenteils konnte die Frau kraft ihres Vertretungsrechtes von dem früheren Verbote so gut wie der Beklagte eine Ausnahme machen. Zu 2. führt die Revision aus, daß weder die Brauburschen noch die Frau als Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB. anzusehen seien. Auch dieser Angriff ist nicht beachtlich. Es ist schon nicht irrig, wenn das Berufungsgericht den Brauburschen und die Lehrlinge des Beklagten als dessen Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB. angesehen hat. Der Beklagte war auf grund der Anweisung der Frau über den Zugang verpflichtet, diesen instand zu halten und daß Aufzugsloch gehörig zu bedecken. Mit der Bedeckung waren der Brauburſche und die Lehrlinge betraut und für ihr Verschulden haftet der Beklagte, auch wenn ihm von der Verpflichtung gegenüber der Klägerin zunächst nichts bekannt war. Jedenfalls aber würde nach dem zu Ziff. 1 Ausgeführten die Frau des Beklagten als seine Vertreterin bei der Erfüllung der Verpflichtung, der Klägerin einen ordnungsmäßigen Zugang zu beschaffen, anzusehen sein. Die Frau hat aber schuldhaft gehandelt, weil sie der Klägerin jenen zur Nachtzeit nicht gefahrlosen Weg anwies, ohne sich von dessen ordnungsmäßiger Beschaffenheit zu überzeugen. (Urteil des II. Zivilsenats v. 29. Mai 1906.) H.

B. Strafsachen.

I.

Ne bis in idem. Verhältnis des § 10 Nr. 1 zu § 10 Nr. 2 NMG. Gegen den Angeklagten war durch Beschluß vom 20. Juli 1904 das Hauptverfahren aus § 10 Nr. 2 NMG. eröffnet worden, weil er hinreichend verdächtig erschien, zu R. im November 1903 wissentlich ein Nahrungsmittel (Honig), das verfälscht war, unter Verschweigung dieses Umstandes verkauft zu haben. Von dieser Anklage ist der Angeklagte durch das Urteil vom 19. September 1905 rechtskräftig freigesprochen worden. In dem jetzt angegriffenen Urteile vom 15. Juli 1905 ist das Gericht zu der Feststellung gelangt, daß der Angeklagte zu B. in nicht verjährter Zeit zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr Nahrungs- und Genußmittel (Honig) verfälscht hat; es hat ihn deshalb nach § 10 Nr. 1 a. a. O. zu Strafe verurteilt. Bei dieser Sachlage mußte von Amts wegen (Entsch. Bd. 35 S. 367) untersucht werden, ob nicht der Grundsatz ne bis in idem verletzt ist, wobei es bedeutungslos ist, daß das rechtskräftig gewordene Urteil später als das jetzt angegriffene erging (Entsch. Bd. 30 S. 340). Ob in dem durch das Urteil vom 19. September 1905 geschlossenen Verfahren ein fortgesetztes Delikt unter Anklage stand, braucht nicht untersucht zu werden. Denn da es mit Freisprechung endigte, griff der Grundsatz ne bis in idem in jedem Falle nur in Ansehung der den Gegenstand der damaligen Aburteilung bildenden Einzelhandlungen durch (Entsch. Bd. 24 S. 419). Die Darlegungen des angefochtenen Urteils lassen nur die Deutung zu, daß ein fortgesetztes Delikt zur Aburteilung gelangte. Dies war im Hinblick auf den Grundsatz ne bis in idem nur unter der Voraussetzung zulässig, daß keine jener durch das Urteil vom 19. September 1905 erledigten Einzelhandlungen Bestandteile von ihm bilden (Rspr. Bd. 7 S. 670; Entsch. Bd. 24 S. 419). Dies muß nach der Sachlage in Zweifel gezogen werden. Bedeutungslos ist es dabei, daß die Handlung des Angeklagten dort nur unter dem Gesichtspunkte des § 10 Nr. 2, hier nach § 10 Nr. 1 a. a. O. einer Prüfung unterzogen wurde. Denn regelmäßig stellen die Herstellung und der Verkauf eines nachgemachten Nahrungs- oder Genußmittels beim Vorliegen des erforderlichen subjektiven Tatbestandes eine und dieselbe Handlung im Sinne des § 10 Nr. 1 und 2 a. a. O. dar. Die Annahme von verschiedenen, selbstständigen Handlungen bedarf als Ausnahme der besonderen Begründung (Entsch. Bd. 11 S. 355, Bd. 25 S. 101). Daß eine derartige Ausnahme hier vorliegen könnte, dafür fehlt es zur Zeit an jedem Anhalt. Allerdings wurde in dem Urteile vom 19. September 1905 auch der § 10 Nr. 1 a. a. O. ins Auge gefaßt und seine Anwendung abgelehnt, weil es sich dabei nach der Ansicht des Gerichts um eine nicht unter Anklage gestellte Tat handelte. Allein zur Begründung dafür wird lediglich darauf hingewiesen, daß das Verfälschen und Nachmachen des Honigs zeitlich vor dem den Gegenstand der Anklage bildenden Verkaufe liege. Dies ist irrig. Entscheidend ist nur, ob der Verkauf und die Herstellung aus derselben von vornherein gefaßten Absicht entsprungen oder ob der Verkauf aus einem besondern, bei der Herstellung noch nicht gefaßten Willensakte hervorging. Mangels jeder Feststellung muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Angeklagte bei der Herstellung des Honigs, derentwegen er durch das angefochtene Urteil zu Strafe verurteilt wurde, schon die durch das Urteil vom 19. September 1905 abgeurteilten Verkäufe beabsichtigte. Trifft dies zu, dann beruht die Verurteilung in dem ausgesprochenen Umfang auf irriger Grundlage (Entsch. Bd. 21 S. 78.) (Urteil des V. Straffenats vom 8. Juni 1906. 5 D. 175/06).

596 — — — e —

II.

§§ 244, 245 StPO. Ablehnung von Beweisanträgen seitens des Gerichtes. Gründe: Nach dem Sitzungsprotokolle vom 12. Juni 1906 sind die am 29. März 1906 gestellten, durch Beschluß des Vorsitzenden vom 23. April 1906 abgelehnten Beweisanträge in der Hauptverhandlung nicht wiederholt worden. Ob die Ablehnung mit Recht geschah, kann unerörtert bleiben. Denn ein Beruhen des angefochtenen Urteils auf der Ablehnung der vor der Hauptverhandlung gestellten, in dieser aber nicht wiederholten Beweisanträge ist ausgeschlossen. Von den vier in der Hauptverhandlung nach dem Sitzungsprotokolle gestellten

Beweisanträgen ging der erste dahin, eine Reihe von Zeugen zu laden und darüber zu vernehmen, daß Angeklagter sich für berechtigt halten konnte, von den Gebrüdern M. Geld zu fordern. Die Ablehnung mit der Begründung, weil durch den Antrag Tatsachen, deren Erheblichkeit oder Unerheblichkeit vom Gericht geprüft werden könnten, nicht unter Beweis gestellt sind, ist nicht zu beanstanden. Gegenstand des Zeugenbeweises sind bestimmte einzelne Tatsachen. Ob sich aber der Angeklagte für berechtigt halten durfte oder konnte, Geld zu fordern, ist ein innerer Vorgang, der sich nur feststellen läßt auf dem Wege rein geistiger Schlußfolgerung. Die Entscheidung darüber ist auch kein einfaches Urteil, das jedem normal gebildeten Menschen aus den im einzelnen Falle gegebenen Tatumständen durch einfachstes Nachdenken und mit fast zwingender Gewalt sich aufdrängt, sondern erfordert ein gereiftes Urteilsvermögen. Es war deshalb Sache des Angeklagten, Tatsachen anzugeben, aus denen das bezeichnete Urteil von den Zeugen gefällt werden konnte, und aus denen das Vordergericht nachprüfen konnte, ob die abgegebenen Urteile richtig sind. RGE. Bd. 27 S. 95. Erkennbar hat der Angeklagte durch die drei weiteren Beweisanträge auf Vernehmung der Zeugen S. und K. diesem Mangel abgeholfen und Tatsachen behauptet, aus denen sein guter Glaube, Geld fordern zu können, sich ergeben sollte. Das Vordergericht hat diese Beweisanträge abgelehnt mit der Begründung, daß die zu beweisenden Tatsachen als wahr unterstellt würden. Mehr konnte der Angeklagte nicht erreichen, auch wenn die Zeugen vernommen worden wären. (Urt. vom 13. August 1906; 3 D 782/06.) Kr.

641

III.

Verfälschung von Nahrungsmitteln, insbesondere Wein, § 10 NMG. Zur Begründung der Annahme, daß das als Schoppenwein verkaufte und durch Mischung gesammelten Reste von Flaschenweinen hergestellte Getränk „verfälschter Wein“ sei, genügt die Feststellung nicht, daß die Mischung in ihrem Gebrauchs- und Verkaufswert herabgesetzt und minderwertig geworden sei. Denn es kann ihr nicht entnommen werden, im Verhältnis zu welchem Produkt von normaler Beschaffenheit die Minderwertigkeit angenommen wird, noch worin die Herabsetzung des Wertes begründet sein soll. Die Verfälschung i. S. des NMG. besteht entweder in der Veränderung der normalen Beschaffenheit eines Nahrungsmittels, durch die es mittels Entziehung oder Zusatzes von Stoffen verschlechtert wird, oder in der Herstellung eines solchen von geringerer Beschaffenheit. Es bedurfte also des Nachweises, daß die Beschaffenheit der Mischung von der normalen Beschaffenheit von „Wein“, insbesondere von Schoppenwein abweicht, sofern darunter ein Wein bestimmter Art speziell am Orte des Verkaufs verstanden wird. Die Mischung von Wein mit Wein ist in dem Weingesetze zugelassen ohne Unterschied, ob es sich um ein rationelles Verschneiden sorgfältig ausgewählter, oder um ein einfaches Zusammengießen zwecks Verwertung der zur Mischung verwendeten Weine handelt. Für die Frage der Verfälschung ist es an sich gleichgültig, welcher Preis für den Mischwein gefordert wird und ob dieser im Verhältnis zum Preis minderwertig ist, ebenso auch, welche Bezeichnung der Mischung beigelegt wird. Nur dann, wenn im Verkehr an die Bezeichnung die Annahme einer bestimmten Beschaffenheit oder einer bestimmten Art der Herstellung geknüpft ist, kann von einer Verfälschung oder Nachahmung die Rede sein. Bedenkenfrei wäre die Annahme einer Verfälschung, wenn die Reste verdorben gewesen wären, und diese Eigenschaft sich auf das verkaufte Getränke übertragen hätte. Das Gleiche gilt für den Fall, daß die zur Mischung verwendeten Reste nach der Verkehrsauffassung dazu ungeeignet oder doch gegenüber Wein, wie er herkömmlich zur Mischung verwertet wird, minderwertig sind; wie die Frage, ob ein Stoff verdorben ist, nicht ausschließlich chemisch oder medizinisch, sondern an der Hand der Verkehrsauffassung zu beurteilen ist, so muß diese auch darüber entscheiden, ob ein Gegenstand überhaupt noch zum Genuß verwendbar ist oder ob sein Wert im Verhältnis zu anderen Gegenständen derselben Gattung verringert ist. Dabei ist auf solche Empfindungen des Publikums Rücksicht zu nehmen, die, wenn auch wesentlich ästhetischer Natur, doch bei Bemessung des Werts einer Sache mitbestimmend sind. Verbindet sich mit der objektiven Beschaffenheit einer Sache die Vorstellung, ihr Genuß verstoße gegen Anstand und Sitte, oder knüpft sich daran das Gefühl des Ekels, so wird ihr Wert dadurch verringert, und es kann sich daraus ihre Verwendung zur Herstellung eines Genußmittels nach der Auffassung des Verkehrs verbieten. (Urt. vom 25. Juni 1906). — I.

601

IV.

Absicht und Motiv beim Betruge (§ 263 StGB.). Der Angeklagte, ein Bergmann, hat an dem von der Kameradschaft 21 geförderten, von dieser mit der Pflocknummer 21 bezeichneten Wagen diese Nummer in die Nummer 28 geändert. Das Landgericht hat ihn von der aus §§ 267, 268 Nr. 1 StGB. erhobenen Anklage freigesprochen; das Reichsgericht hat unter Bezugnahme auf die im Bd. 28 S. 152 abgedruckte und auf eine weitere Entscheidung (JW. 1905 S. 244) diese Freisprechung zwar gebilligt, das Urteil aber aus folgenden Gründen aufgehoben: Das Urteil gibt zu Bedenken Anlaß, insoweit es das Vorliegen eines Betrugs verneint, weil der Angeklagte nicht die Absicht gehabt habe, sich oder einem Andern (etwa der Kameradschaft 28) einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Nach den Feststellungen kann der Aufkerber an der Pflocknummer über Tag ersehen, wie viele Wagen jede Kameradschaft gefördert hat; darnach richtet sich die Auslohnung der Kameradschaften. Da nun der Angeklagte an einem von der Kameradschaft 21 beladenen Wagen die in üblicher Weise aufgeschriebene Nr. 21 in Nr. 28 umänderte, war zu erwägen, ob nicht die notwendige Folge der Handlung des Angeklagten ein Vermögensvorteil für die Kameradschaft 28 sein mußte. Der Vorderrichter glaubte sich des Eingehens auf diesen Gesichtspunkt offenbar deshalb für überhoben, weil er annahm, der Angeklagte habe die Nummer geändert, um sich an der Kameradschaft 21 zu rächen, nicht etwa um der ihm fremden Kameradschaft 28 einen Vorteil zuzuwenden. Diese Begründung führt zu dem Verdachte, daß rechtsirrig das „Motiv“ mit der betrügerischen „Absicht“ des § 263 StGB. verwechselt wurde. Der Wille des Täters muß allerdings auf die Herbeiführung der Bereicherung gerichtet sein und zur Herstellung dieses subjektiven Tatbestandsmerkmals genügt der Eventualdolus nicht; der Bereicherungsvorsatz braucht aber nicht den Endzweck des Handelns zu bilden, nicht das Motiv dafür zu sein, so daß im vorliegenden Falle sich der Angeklagte, wenn er auch aus Rachsucht handelte, doch des Betrugs schuldig machen konnte, falls die Bereicherung eine notwendige Folge der Täuschungshandlung war und der Angeklagte auch diesen Erfolg herbeiführen wollte[1]) (vgl. Entsch. Bd. 27 S. 217). (Urt. des V. StS. vom 8. Juni 1906. 5 D 197/06.) — — — e —

589

[1]) Anm. des Herausgebers. Wir können in dieser Entscheidung ebensowenig wie in den Erkenntnissen, auf die sie Bezug nimmt, einen Gewinn für die klare Ausgestaltung der Begriffe „Vorsatz“ und „Motiv“ erblicken. Die Rechtsprechung des RG. bedarf

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

In den Gebietsteilen Bayerns, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt ist, gilt für die Eintragung von Arresthypotheken noch die Vorschrift des Art. 44 des Gesetzes vom 29. Mai 1886, nicht aber Art. 56 Abs. 1 AG. z. GBO. und zum ZwVG. Am 18. Juli 1906 beantragte Rechtsanwalt H. in A. Namens des G. bei dem Amtsgerichte A. (Oberlandesgerichtsbezirk Augsburg) unter Vorlegung der Ausfertigung eines Arrestbefehls gegen die Metzgerseheleute M. in G. für eine Forderung von 173 Mk. nebst Zinsen und Kosten auf dem Blatte für das Anwesen der Schuldner in G. eine Sicherungshypothek einzutragen. Das Amtsgericht lehnte den Antrag ab, weil nach Art. 44 d. Ges. v. 29. Mai 1886, Aenderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betr., es sich nur um die Vormerkung einer Hypothek für den im Arrestbefehle festgestellten Geldbetrag von 200 Mk. handeln könne, aber auch eine Vormerkung nach dem auch auf Arresthypotheken anzuwendenden Art. 56 Abs. 1 AG. z. GBO. u. z. ZwVG. unzulässig sei, weil der Geldbetrag die Summe von 300 Mk. nicht übersteige. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde wurden beide Entscheidungen aufgehoben.

Aus den Gründen: Art. 56 AG. z. GBO. u. z. ZwVG. unterwirft im Interesse der Einheitlichkeit des Rechtes in Abs. 1 nach seinem klaren Wortlaute nur die Erlangung von Vollstreckungshypotheken (Art. 40 d. Ges. v. 29. Mai 1886) für die Zeit zwischen dem Inkrafttreten des BGB. und der Anlegung des Grundbuchs den Beschränkungen, die nach § 866 Abs. 3 ZPO. von der Zeit an gelten, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, und trifft in Abs. 2 eine dem § 867 Abs. 2 ZPO. entsprechende Bestimmung für den Fall, daß nach dem Inkrafttreten des BGB., so lange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, in den Landesteilen rechts des Rheins im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung die Vormerkung einer Hypothek an mehreren Grundstücken des Schuldners erfolgen soll. Er hat aber im übrigen an der Vorschrift des Art. 44 der Nov. vom 29. Mai 1886 nichts geändert, wonach die Vollziehung des Arrestes in das unbewegliche Vermögen durch Vormerkung einer Hypothek für den im Arrestbefehle festgestellten Geldbetrag erfolgt. Man wollte offenbar in die damals bestrittene, inzwischen durch den Beschluß des Reichsgerichts vom 15. März 1905 (RG. Bd 60 S 279) bejahte Frage nicht eingreifen, ob § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. auch auf die Arresthypothek Anwendung findet, und hat es deshalb in dieser Richtung bis zur Anlegung des Grundbuchs bei dem bisherigen Rechte belassen. Die Motive zu Art. 54 des Entwurfs (Art. 56 des Gesetzes) führen ausdrücklich an, daß für die Arresthypothek die Beschränkung auf Forderungen von mehr als 300 Mk. nicht gilt, und auch bei der Beratung in der K. d. Abg. wurde von dem Berichterstatter hervorgehoben, „daß die Beschränkung bezüglich der Summe auf die Arrestbefehle nicht zutrifft, daß also eine Eintragung für jede Summe, ob über oder unter 300 Mk., erfolgen kann“ (Becher, Mat. VI S. 38, 182). Hiernach hat es für die nicht unter Grundbuchrecht stehenden Bezirke bei der Vorschrift des Art. 44 des Ges. vom 29. Mai 1886 sein Bewenden. (von der Pfordten, Die bayer. Ausführungsvorschriften zum ZwVG., Bem. 4 zu Art. 56 AG. S. 49.)

622 ——— n.

vielmehr u. E. eine Verwischung der Grenzen zwischen den Begriffen an, indem sie zwischen sie einen dritten, unklaren und nicht scharf zu fassenden Begriff hineinwirft, nämlich den des „Wollens“. Auch die vorliegende Entscheidung vermeidet es, diesen Begriff näher zu erläutern. Seine genauere Prüfung würde wohl zu dem Ergebnisse geführt haben, daß er sich nicht zergliedern läßt, ohne daß man entweder in den Begriff des „Vorsatzes“ oder den des „Beweggrundes“ hinübergleitet.

II.

Kann in den Gebietsteilen, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt ist, die Eintragung einer Hypothek für mehrere Gläubiger verweigert werden, wenn die über die Bestellung aufgenommene Urkunde nicht ersehen läßt, ob zwischen ihnen ein Gesamthandsverhältnis besteht oder ob sie nach Bruchteilen berechtigt sind und zu welchen?

Aus den Gründen: Während § 48 GBO. anordnet, daß, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen soll, daß entweder die Anteile in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird, enthält das BayHypG. keine ausdrückliche entsprechende Vorschrift. Das Oberste Landesgericht hat aber bereits mehrfach ausgesprochen, daß der Zweck des Hypothekenbuchs — innerhalb seines Bereichs mit öffentlichem Glauben Auskunft über das Verfügungsrecht des eingetragenen Besitzers zu geben — bei gemeinschaftlichem Erwerbe eines Grundstücks durch mehrere Personen eine Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses erfordert, die erkennen läßt, ob die Anteile der einzelnen selbständig Gegenstand der Verfügung sein können oder nicht, und daß im Falle der Gemeinschaft nach Bruchteilen die Angabe der Größe der Anteile erforderlich ist. Derselbe Grund, welcher bei der Eintragung mehrerer Miteigentümer die Angabe des Anteilsverhältnisses notwendig macht, trifft in allen Fällen zu, in denen ein Recht für Mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll. Das HypG. enthält keine gegenteilige Vorschrift. Vielmehr ist in der Literatur (vgl. Regelsberger, BayHypR. II. Aufl. S. 77; Becher, BayLZR. Bd. I S. 710) anerkannt, daß schon nach dem bisherigen BayHypR. dann, wenn mehrere Hypothekgläubiger vorhanden sind, die Art ihrer Beteiligung an der Forderung — ob Gesamt- oder Teilberechtigung und im letzteren Falle eine genaue Bezeichnung der Anteile — deshalb notwendig ist, weil ohne eine solche Angabe der einzelne von mehreren Mitgläubigern über seinen Anteil nicht verfügen kann. Diese Angabe entspricht auch der Vorschrift des § 48 GBO. und ist jetzt um so mehr geboten, da das Hypothekenbuch künftighin als Grundbuch dienen soll (vgl. Ziff. 2 der autogr. ME. vom 30. Januar 1906 Nr. 4936).[1] Da die hier vorliegende Urkunde eine solche Angabe nicht enthält, haben die Vorinstanzen die Eintragung der Hypothek mit Recht abgelehnt. (Beschluß des FerZS. vom 11. August 1906).

629 ——— n.

III.

Wann liegt ein „besonderer Fall“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 des (bayer.) Zwangserziehungsgesetzes vom 1. Mai 1902 vor? Das Amtsgericht M. hatte gegen die über 16 Jahre alte X. Y. die Zwangserziehung angeordnet und dabei entgegen der in § 4 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen zum ZwangserziehungsG. v. 28. Juni 1902 enthaltenen Auffassung, ein besonderer Fall liege nur vor, wenn „begründete Aussicht“ auf Besserung bestehe, angenommen, daß ein solcher Fall schon dann gegeben sei, wenn noch irgend eine Hoffnung auf Besserung bestehe. Die sofortige Beschwerde der Distriktsverwaltungsbehörde wurde vom Landgericht M. als unbegründet verworfen. Zum Erfordernis des „besonderen Falles“ wurde ausgeführt:

[1] Vgl. die Notiz in Nr. 6 S. 128 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.

„Die MBek. vom 28. Juni 1902 erläutert in § 4 Abs. 2 die Worte „besonderer Fall“ dahin, daß ein besonderer Fall gegeben sei, wenn begründete Aussicht besteht, daß durch die Zwangserziehung eine Besserung erreicht werde. Dagegen ist nach der vom Minister des Innern bei der Beratung des Gesetzes gemachten Aeußerung ein „besonderer Fall“ schon gegeben, wenn sich der Richter von der Zwangserziehung noch einen Erfolg verspricht, wenn „noch irgend eine Hoffnung besteht, daß die Person durch Absonderung, durch Zwangserziehung noch gerettet werde.“ Nachdem sich der Abgeordnete Geiger und der Referent in gleichem Sinne geäußert hatten, erfolgte (unter Abänderung des Ausschußbeschlusses, der an Stelle der Altersgrenze von 16 die von 18 Lebensjahren vorgeschlagen hatte) die Wiederherstellung des Regierungsentwurfs. Aus dieser Entstehungsgeschichte folgt, daß zur Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 nicht, wie die MBek. vom 28. Juni 1902 verlangt, „begründete Aussicht“ auf Besserung durch Zwangserziehung erforderlich ist, daß es vielmehr genügt, wenn überhaupt noch Hoffnung auf Besserung gegeben ist.“ Die weitere Beschwerde der Distriktsverwaltungsbehörde wies das Oberste Landesgericht zurück.

Aus den Gründen: Die Vorinstanzen haben mit Recht ausgeführt, daß zwar nach § 4 Abs. 2 der in der Bek. des Ministeriums des Innern vom 28. Juni 1902 enthaltenen Ausführungsbestimmungen zum Zwangserziehungsgesetze ein „besonderer Fall“ nur anzunehmen wäre, wenn begründete Aussicht besteht, daß durch die Zwangserziehung eine Besserung erreicht wird, daß aber diese Auffassung dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht. Denn im Hinblick auf die vom Beschwerdegericht dargestellte Entstehungsgeschichte der Vorschrift in der K. d. Abg. (vgl. Sten.B. Jahrg. 1901/02 Bd. VII S. 247, 249, 251) ist anzunehmen, daß die Staatsregierung und die K. d. Abg. darin einig waren, daß ein besonderer Fall im Sinne des Abs. 2 a. a. O. schon anzunehmen ist, wenn noch irgend eine Hoffnung besteht, daß die minderjährige Person durch Zwangserziehung gebessert werden kann. Die Kammer der Reichsräte (vgl. Prot. Jahrg. 1901/02 Bd. II S. 137) hat den Gesetzentwurf en bloc angenommen und damit der in der K. d. Abg. zutage getretenen Auffassung zugestimmt. Demnach kann also darin, daß die Vorinstanzen nach den Umständen annahmen, daß die Möglichkeit und die Hoffnung auf Besserung des Mädchens durch Zwangserziehung besteht, und hierin einen „besonderen Fall“ im Sinne des Abs. 2 von Art. 1 erblickten, eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden.“ (Beschl. des Ferien-Z.S. vom 11. August 1906). Kl.

636

Oberlandesgericht München.

Kein Armenrecht lediglich zwecks Herbeiführung einer Kompetenzkonfliktsentscheidung. Der pensionierte Postamtsgehilfe und Militärpensionist Sch. suchte um das Armenrecht zwecks Verklagung des Postfiskus auf Pensionserhöhung mit der Begründung nach, die Regelung seiner Zivilpension beruhe auf unrichtiger Auslegung des § 108 MilPensG. Das Gesuch wurde wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung abgewiesen, weil die Regelung des Betrags der Pensionen für nichtpragmatische statusmäßige Angestellte nach § 41 VO. vom 26. Juni 1894 (GVBl. S. 332) ausschließlich Verwaltungssache sei. Die Beschwerde hiergegen wurde als unbegründet zurückgewiesen. Nunmehr wendete sich Sch. an den Gerichtshof für Kompetenzkonflikte und erhielt von der dortigen Gerichtsschreiberei Auskunft dahin, daß der Fall des Art. 22 KKG. erst bei urteilsmäßiger Verneinung der Zuständigkeit seitens der Gerichte gegeben sei. Sch. suchte jetzt um das Armenrecht behufs Herbeiführung eines „unparteiischen Schiedsspruchs“ durch das Landgericht nach, wurde aber wiederum abgewiesen, weil dem angegangenen Gericht hierfür jede Zuständigkeit mangele (§§ 70 GVG., 510, 1025 ZPO.). In der Beschwerde machte Sch. geltend, er werde durch diese Abweisung auf den Weg der Darlehensaufnahme zwecks Herbeiführung eines Urteils und Ermöglichung des Kompetenzkonflikts gedrängt. Die Beschwerde wurde gleichwohl zurückgewiesen, weil die erstinstanzielle Abweisung der Sach- und Rechtslage völlig entspreche und dem Gesuchsteller daher, falls er jeder Belehrung unzugänglich bleibe, allerdings nur der kostspieligere Weg der Prozeßführung aus eigenen Mitteln erübrige.[1] — (Beschl. vom 1. Juni 1906; Beschw.R. 315/06 I.)

583 N.

Oberlandesgericht Bamberg.

Fahrlässige Körperverletzung durch Herabeilen über eine Haustreppe. Begriff der Fahrlässigkeit. Gradunterschied. (BGB. §§ 276, 823.) Der Kläger und der Beklagte wohnten im gleichen Hause. Ersterer ging eines Tages über den untersten Absatz der gemeinschaftlichen Haustreppe, als plötzlich letzterer, ein Lohnkutscher, aus der im I. Stock befindlichen Wohnung des Schneiders J. herausstürzte, um dem ihn aus Scherz mit einem Bügeleisen verfolgenden J. zu entfliehen. Er rannte die 3—4 m hohe Treppe hinunter, stieß auf den Kläger, warf ihn zu Boden und fiel auf ihn. Der Kläger erlitt einen doppelten Armbruch. Der Beklagte machte geltend, es liege nur ein Unglück vor, da er beim Verlassen der J.'schen Wohnung auf den an seinem Arme hängenden Kutschermantel getreten, gestolpert und gegen seinen Willen die Treppe herabgestürzt sei. Das OLG. erklärte sein Verhalten als fahrlässig.

Aus den Gründen: „§ 823 Abs. 1 BGB. setzt voraus, daß die widerrechtliche Körperverletzung auf einem Verschulden des Täters im Sinne des § 276 BGB. (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruht. Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt. Jedermann muß besonnen handeln und sein Verhalten so einrichten, daß fremde Interessen tunlichst wenig benachteiligt werden; es muß ein Tun, dessen schädigender Erfolg bei gehöriger Ueberlegung vorausgesehen werden kann, unterlassen oder anders eingerichtet werden (Oertmann, Recht der Schuldv., 2. Aufl., § 823 Ziff. 2b; Staudinger BGB., 2. Aufl., Vorbem. III vor § 275 und § 823 Ziff. II c.). Hiernach war das Verhalten des Beklagten fahrlässig. Der Gebrauch der Treppe war dem freien Verkehr der Hausbewohner und anderer eröffnet. Jeder Passant war zur ordnungsmäßigen Benützung verpflichtet; diese fordert, daß er im gemäßigten Schritte hinabgeht und nicht hinabspringt; denn die Wucht einer solchen Bewegung setzt ihn außerstande, auf andere Passanten zu achten. Diese Sorgfalt hat der Beklagte außer acht gelassen. Sein Vorbringen, er sei gegen seinen Willen herabgefallen, weil er auf seinen Kutschermantel getreten und gestolpert sei, kann ihn nicht entlasten. Wenn sich der Unfall auch so ereignet hätte, wie er ihn darstellt, so wäre er doch fahrlässig gewesen. Es steht allerdings fest, daß der Beklagte seinen Kutschermantel über dem Arme hatte, aber auch, daß er in solcher Hast zum Zimmer hinaussprang, daß der ihn verfolgende J. sein Hinunterspringen gar nicht mehr sah.

[1] An den Voraussetzungen des Art. 22 KKG. mangelt es übrigens auch schon deshalb, weil die Postverwaltung ihre Zuständigkeit keineswegs verneint, sondern sachlich zuungunsten des Gesuchstellers entschieden hatte. Andererseits konnte sich das Gericht für das Armenrechtsgesuch als solches nicht für unzuständig erklären. Der Eins.

Dieses übermäßige Eilen auf einer Treppe, deren Gefährlichkeit dem Beklagten bekannt war, ist an sich schon fahrlässig. Der Umstand, das er einen Mantel auf dem Arme trug, hätte ihn noch vorsichtiger machen sollen. Wäre er nicht so rasch aus dem Zimmer gegen die Treppe gerannt, so hätte er jederzeit stehen bleiben und bei einem Fehltritt sich durch Anhalten am Geländer vor einem Sturz bewahren können. Mann könnte nur annehmen, daß der Grad des Verschuldens geringer wäre, wenn die Angabe des Beklagten richtig wäre. Allein nach § 276 a. a. O. hat der Schuldner die Fahrlässigkeit schlechthin ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens zu vertreten, soweit nicht anders bestimmt ist. In § 823 Abs. 1 a. a. O. ist aber nichts anderes bestimmt, sondern zur Begründung der Haftpflicht genügt auch die geringste Fahrlässigkeit. (Urt. des I. ZS. vom 30. Juni 1906).

625 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Landgericht München I.

I.

Erstattbarkeit der Versäumnisentschädigung für Terminswahrnehmung (§ 91 ZPO.). Der Auskunfteiinhaber D. verklagte den Schreiner J. auf 20 Mk. Gebühren. J. erschien jeweils in den Terminen persönlich, wendete Vergleich ein und schob hierüber dem Kläger den Eid zu; daraufhin wurde die Klage zurückgezogen. Der Beklagte erwirkte Kostenurteil und Festsetzungsbeschluß auf 12 Mk. für zwölfstündige Zeitversäumnis bei vier Terminen, weil er jedesmal sehr lange auf das Erscheinen des Klägers habe warten müssen. Der Kläger ergriff Beschwerde und machte geltend, das persönliche Erscheinen des Beklagten sei nicht angeordnet gewesen und könne die Erstattungspflicht hier über die Gebühren eines Anwalts (2 + 2 = 4 Mk.) sich nicht hinauserstrecken. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, weil nach der Aktenlage der Beklagte von vorneherein weder die Zahl noch die Dauer der einzelnen Termine ermessen konnte, sein persönliches Erscheinen auch, wie der Erfolg gezeigt, offenbar zur Aufklärung beigetragen hat, hiernach aber als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig zu erachten war.[1]) (Beschl. v. 3. Mai 1906; Beschw.R. Nr. 177/06.) N.

585

II.

Zu §§ 2262, 2264, 2273 BGB. Die Eheleute A. haben ein gemeinschaftliches Testament errichtet, das beim Notar verwahrt wurde. Nach dem Tode des Mannes hat das Nachlaßgericht in Gegenwart der Witwe das Testament bekannt gegeben. Zu den Akten wurde eine beglaubigte Abschrift des Testaments im Auszuge gefertigt; diese enthält im wesentlichen nur die Verfügung der Ehegatten, „wonach sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen, sodaß der Ueberlebende den Verstorbenen ausschließlich beerbe und an keine Verwandten irgendwelche Zahlungen zu leisten habe.“ Das Testament wurde wieder amtlich verschlossen und dem Notar zurückgegeben. Die gesetzliche Erbin B. (nicht pflichtteilsberechtigt) erhielt auf ihren nach Verschluß des Testamentes gestellten Antrag auf Erteilung einer Abschrift nur Abschrift des Auszuges. Sie beantragte nun, daß das Testament neuerlich erholt und verkündet werde, und führte aus, die Annahme, daß nur der verkündete Teil Verfügungen des Verstorbenen enthalte, sei solange nicht berechtigt, als nicht feststehe, daß der nicht verkündete Teil nichts enthalte, was die Erbeinsetzung der Witwe wieder beseitigen könnte, es sei nicht festgestellt, daß der nicht verkündete Teil ausschließlich Verfügungen des Ueberlebenden enthalte und daß sich diese auch wirklich von jenen des Verstorbenen hätten sondern lassen usw. Das Nachlaßgericht hat den Antrag abgewiesen, die Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die B. gehört nicht zu den Beteiligten im Sinne des § 2262 BGB.; sie ist gesetzliche Erbin, aber weder ausgeschlossen (§ 1938 BGB.) noch pflichtteilsberechtigt, noch ist ihr gesetzliches Erbrecht durch Einsetzung anderer geschmälert oder durch Vermächtnisse oder Auflagen belastet; sie ist völlig übergangen. Nach der bestimmten Anordnung in dem jetzt vorliegenden Testamentsteile ist sie auch nicht Vermächtnisnehmerin. Der Annahme, daß sie Nacherbin sei, steht § 2269 BGB. im Zusammenhalt mit dem bekannten Testamentsteil entgegen. Der B. steht nur das Recht zu, sich gemäß § 2264 BGB. von dem Inhalt des Testaments Kenntnis zu verschaffen (§ 34 Abs. 2 der Bek. v. 20. März 1903, das Nachlaßwesen betr.). Die durch § 2264 gegebene Befugnis ist durch das rechtliche Interesse an der Einsicht des eröffneten Testaments beschränkt; die Einsicht in Urschrift kann sie nur solange verlangen, als die Wiederverschließung noch nicht stattgefunden hat. Da hier Zweifel besteht, inwieweit das Testament als eröffnet zu gelten hat, ist das Beschwerderecht der B. nach § 20 FGG. gegeben. Richtig ist, daß das Testament der Witwe ausweislich des Protokolles des Nachlaßgerichts ganz vorgelesen wurde. Allein nachträglich ist das Nachlaßgericht genau nach § 2273 BGB. verfahren, die Auswahl der zur Bekanntgabe an die interessierten Dritten bestimmten Testamentsteile ist nach dieser Vorschrift erfolgt. In dem Umfang, in welchem der beglaubigte Auszug hergestellt wurde, muß das Testament als eröffnet gelten. Der Umstand, daß vor der Witwe allein das ganze Testament vorgelesen wurde, ändert hieran nichts, ihr gegenüber war Geheimhaltung nicht veranlaßt. § 37 Abs. 4 der Bek. v. 20. März 1903 enthält nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung der Gültigkeit der Testamentseröffnung nicht schadet. Es ist zu erkennen, daß der Nachlaßrichter eine Ausscheidung der Stellen, welche nur eine Verfügung des Ueberlebenden enthielten und von den übrigen gesondert werden konnten, dem § 2273 BGB. entsprechend getroffen hat. Durch den Auszug ist demnach der Umfang, in dem das Testament als eröffnet gilt, vorschriftsmäßig begrenzt. Das Verlangen einer nochmaligen Verkündigung ist nicht gerechtfertigt. Es kann auch nicht mit der Behauptung gestützt werden, daß eine Prüfung der Gültigkeit ohne Kenntnis der übrigen Testamentsteile nicht möglich sei. Ein solches Begehren würde, wenn es berechtigt wäre, den ganzen Zweck des § 2273 BGB., die im Interesse des überlebenden Ehegatten gebotene Geheimhaltung, illusorisch machen. Dieser Zweck läßt sich nur erreichen, wenn der Richter unter pflichtgemäßer Berücksichtigung der Interessen Dritter die ihm geboten erscheinende Ausscheidung trifft, ohne daß er durch dritte Interessenten einer Kontrolle unterstellt und zur Preisgabe des Geheimnisses gezwungen werden kann, solange das Interesse des Ueberlebenden seine Wahrung erheischt. (Beschl. v. 16. Mai 1906.)

520 —l.

Literatur.

Engelmann, Dr. A., Senatspräsident und Universitätsprofessor, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts historisch und dogmatisch dargestellt. 4., verbesserte Auflage. Berlin 1906. J. Guttentag. Preis geh. Mk. 14.—.

Daß unter den Darstellungen des bürgerlichen Rechts, an denen in letzter Zeit wahrlich kein Mangel

[1]) Die Zeitversäumnis für Informationsgänge zum Anwalt hätte der Beklagte nicht festsetzen lassen können (Recht 05, 531). Der Eins.

mehr herrscht, die vorliegende, nunmehr in 4. Auflage erschienene einen ehrenvollen Platz zu behaupten gewußt hat, ist an und für sich schon ein Beweis ihrer Daseinsberechtigung, zumal da ihr einer Hauptzweck „dem Kenner des alten Rechts das Einleben in das neue Recht zu erleichtern" kaum mehr in Betracht kommen dürfte; um so mehr kann das Werk, wie der Verfasser es sich zum Ziele setzt, für den Anfänger als ein „ihn durch das ganze Privatrecht führender Leitfaden" dienen. In die Darstellung des im BGB. enthaltenen Stoffes ist Handels-, Wechsel- und Seerecht geschickt eingefügt, ebenso sind die zahlreichen einschlägigen Nebengesetze gebührend berücksichtigt, wodurch diese Gebiete der sonst beim Studium leicht drohenden Isolierung entrissen werden. Den gewaltigen Stoff übersichtlich zu gliedern, dabei knapp und prägnant zu verarbeiten ist dem Verfasser trefflich geglückt; ein Vorzug ist der Verzicht auf störendes Zitatenbeiwerk in weitläufigen Anmerkungen. Angenehm berührt der Ton strengster Wissenschaftlichkeit, der das ganze Werk durchzieht; zu den vielen Streitfragen nimmt der Verfasser unter Anführung fremder Ansichten klar und bestimmt Stellung, ohne aber je in unfruchtbare Polemik zu verfallen. Die Einteilung ist die übliche in 5 Bücher, daran schließt sich als 6. Buch eine Darstellung der Persönlichkeitsrechte; systematisch anfechtbar bietet diese Anordnung unleugbare Vorteile, indem sie es ermöglicht, die einschlägigen Gebiete im Zusammenhang zu behandeln. Daß sich hier und dort kleinere Ausstellungen und mitunter auch größere Meinungsverschiedenheiten ergeben, ist sehr natürlich: alles in allem aber kann dieses in flüssigem Stile geschriebene Werk als treffliches Lehrbuch für das Studium warm empfohlen werden. M.

Seligsohn, Dr. Arnold, Justizrat, Rechtsanwalt und Notar in Berlin, Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern. 3. Auflage. Berlin 1906. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Mk. 12.—; gbd. Mk. 13.—.

Der Kommentar zeichnet sich durch eine äußerst gründliche Erörterung des behandelten Stoffes aus. Dazu kommt eine klare und — mögen auch die gebrauchten Stichwörter infolge allzu großer Knappheit ihren Zweck hie und da nicht ganz erfüllen — übersichtliche Darstellungsweise. Das Buch ist denn auch durch seine beiden vorausgehenden Auflagen in der Juristenwelt so allgemein bekannt geworden, daß es zur Einführung der neuen Auflage nicht vieler Worte bedarf. Nur ein Vorzug sei noch hervorgehoben: Im Anschluß an das materielle Recht werden auch die prozeßrechtlichen Fragen eingehend behandelt, die sich bei dem Streit um ein Patentrecht ergeben, Aktiv- und Passivlegitimation, Gerichtsstand, einstweilige Verfügung, Beweis, insbesondere Beweislast, Zwangsvollstreckung usw.

Amtsrichter Eckert.

Rittmann, Otto, Rechnungsrat, Rechnungsrevisor in der Justizverwaltung von Elsaß-Lothringen. Das deutsche Gerichtskostengesetz. 3. verbesserte Auflage. Mannheim 1906. Druck und Verlag von J. Bensheimer. Ungbd. 10,50 Mk.

In der 3. Auflage des Buches, das in seiner 2. Auflage dem am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen neuen Recht angepaßt worden ist, hat Rittmann die Ergebnisse der neueren Rechtsprechung verwertet und auch sonst das Buch zu bereichern und zu verbessern gesucht. Es ist kein Zweifel, daß dem Verfasser gelungen ist, was er angestrebt hat. Seine Erläuterungen sind ohne theoretische Erörterungen — stellenweise vielleicht mit zu wenig eigentlicher Gesetzesauslegung — unmittelbar auf praktische Anwendung des Gesetzes gerichtet. Sie sind so gründlich und umfangreich, daß es wünschenswert wäre, wenn der Verfasser bei einer späteren Auflage etwas zur Erleichterung der Uebersicht tun würde. Ein besonderer Vorzug der Erläuterungen ist ihre große Klarheit, die das Buch den vielen Nichtjuristen, die das Gesetz anzuwenden haben, leicht verständlich macht. Endlich sei rühmend noch der vorbildlich gute Druck des Buches hervorgehoben.

Amtsrichter Eckert.

Notizen.

Zum Begriffe des Bestandteils. Das in Nr. 17 des 2. Jahrgangs auf S. 346 abgedruckte Urteil des OLG. Nürnberg vom 5. Februar 1906 wurde vom Reichsgericht am 9. Juli 1906 bestätigt. Die Begründung des reichsgerichtlichen Urteils, das in der JW. 1906 S. 543 unter Nr. 6 abgedruckt ist, billigt durchweg die Ausführungen des OLG.

Zu §§ 1728 Abs. 2, 1729 Abs. 2 BGB. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu Rechtsgeschäften (Ehelichkeitserklärung). Nach § 1831 BGB. ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, unwirksam. Die Unwirksamkeit kann — worüber jetzt wohl Einigkeit besteht — nicht durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden. Dagegen besteht bei den Behörden noch manchmal Unklarheit darüber, in welchem Zeitpunkt ein Rechtsgeschäft als „vorgenommen" anzusehen ist. Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen (§ 130 BGB.) werden in dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie der Person oder der Behörde zugehen, der gegenüber sie abzugeben sind. In diesem Augenblicke sind sie vorgenommen. Wird also z. B. die Erklärung der Ausschlagung einer Erbschaft in M. niedergeschrieben und notariell beglaubigt und dann an das Nachlaßgericht in N. gesendet, so gilt das Rechtsgeschäft in dem Zeitpunkt als vorgenommen, in dem die Erklärung in N. eintrifft. Es genügt also folgerecht auch, wenn die etwa erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in diesem Zeitpunkte vorliegt; sie muß nicht schon vor der Beglaubigung durch den Notar oder vor dem Niederschreiben erteilt sein. Auf diesen Rechtsgrundsätzen beruht eine kürzlich ergangene autographierte Entschließung des Staatsministeriums der Justiz (Nr. 32090 vom 31. Juli 1906, die Ehelichkeitserklärung betreffend). Der notarieller Form bedürfende Antrag des Vaters auf Ehelichkeitserklärung ist nach der Bek. vom 24. Dezember 1899 zwar beim Amtsgericht einzureichen, damit soll aber, wie die autogr. Entschl. ausführt, nicht gesagt sein, daß das Amtsgericht die im Sinne des § 1726 Abs. 2 BGB. zur Entgegennahme des Antrags zuständige Behörde sei, vielmehr ist das Justizministerium als diese Behörde anzusehen. Auch die Einwilligung des Kindes (§ 1726 Abs. 1) ist gegenüber dem Ministerium zu erklären. Wenn die Einwilligung des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§§ 1728 Abs. 2, 1729 Abs. 2 BGB.), so ist nach den früheren Darlegungen die Einwilligung wirksam, wenn die Genehmigung in dem Augenblick erteilt ist, in dem der Antrag dem Ministerium zugeht. Es ist nicht nötig, daß sie schon bei der Beurkundung des Antrags durch den Notar vorliegt. Es wäre also unrichtig, wenn das Vormundschaftsgericht unter Hinweisung auf § 1831 BGB. die Genehmigung der in einer notariellen Urkunde niedergelegten Einwilligung verweigern würde, falls die Urkunde zunächst nur dem mit der Behandlung des Gesuchs um Ehelichkeitserklärung betrauten Gerichte zugeleitet worden ist.

Verantwortlicher Herausgeber:
J. V.: Dr. Hugo Kreß, K. Amtsrichter in München.

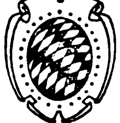
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 21. München, den 1. November 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ueber die Grenzen von Untersuchungshaft und Strafhaft.

Von **Josef Kretz**, I. Staatsanwalt in Regensburg.

Der Satz,

> daß diejenige Haft, welche der Verurteilte vom Eintritte absoluter Rechtskraft des Erkenntnisses an bis zur Einlieferung in den Strafort verbüßt, auf die Strafe anzurechnen ist,

gilt, wenngleich nirgends[1]) ausgesprochen, nahezu unbestritten[2]), Löwe, Komm. z. StPO. (11) § 482 Anm. 2. Er entspricht auch einer gewissen Billigkeit; denn, wenn schon die vor diesem Zeitpunkt liegende Haft -- relative, d. i. dem Verurteilten gegenüber eingetretene Rechtskraft vorausgesetzt — diesem zugute kommt (§ 482 StPO.), so sollte dies um so mehr von jener Haft gelten, welche der Verurteilte erleidet, nachdem das Urteil überhaupt unanfechtbar geworden und damit die Voraussetzung des Strafvollzuges erfüllt ist (§ 481 StPO.).

Der Staatsanwalt kann sich jedoch hierbei nicht beruhigen; er muß sich bezüglich der gesetzlichen Grundlage dieses Satzes, den er so häufig praktisch anwendet, im klaren sein. Angenommen: Der Verurteilte stellt in diesem Haftstadium den Antrag, ihn für 3 Monate — etwa wegen dringender häuslicher Angelegenheiten — aus der Haft zu entlassen; wer verbescheidet diesen Antrag? Wie ist er überhaupt zu behandeln? Ist Aufschub oder Unterbrechung der Strafe in Frage? Ist die StPO. maßgebend, oder liegt eine Begnadigungssache vor? Zwar der bayer. Praxis bereitet die Beantwortung dieser Fragen keine Schwierigkeiten. Ihr Räsonnement ist folgendes: Solange der Verurteilte in die Strafanstalt noch nicht abgeliefert ist, hat die Strafvollstreckung noch nicht begonnen, also bezweckt jedes derartige Gesuch nicht Unterbrechung sondern Aufschub der Strafvollstreckung und ist demgemäß zu verbescheiden: durch die Strafvollstreckungsbehörde, wenn es auf § 487 StPO. gestützt ist, durch den Staatsanwalt, wenn der Verurteilte „Nachteile" der in § 488 l. c. bezeichneten Art geltend macht und für einen 4 Monate nicht übersteigenden Zeitraum um Aufschub nachsucht, anderenfalls im Wege der Begnadigung durch die Allerhöchste Stelle. Liegt nun die Sache wirklich so einfach? Gewiß dann, wenn die Rechtsanschauung, die dieser Behandlungsweise zugrunde liegt, richtig ist. Gibt es vor der Einlieferung in die zur Verbüßung der Strafe nach den gesetzlichen Vorschriften bestimmte Anstalt (Gerichtsgefängnis, Festung Gefangenenanstalt, Zuchthaus) eine „Strafhaft" überhaupt nicht, dann allerdings braucht man sich mit juristischen Konstruktionen den Kopf nicht zu zerbrechen; dann liegt eben in allen Fällen „Strafaufschub" und sonst nichts vor.

Ist aber diese Rechtsanschauung richtig? Sie scheint mir erheblichen Bedenken zu unterliegen. Im folgenden soll versucht werden, der kritischen Frage näher auf den Grund zu gehen. Es sind hierbei zwei Gesichtspunkte ins Auge zu fassen und es gliedert sich dementsprechend die nachstehende Erörterung:

a) Welches ist der rechtliche Charakter der Haft im eingangs begrenzten Zeitraum?

b) Welche praktische Folgen ergeben sich aus diesem Charakter für die Behandlung der Gesuche um Entlassung aus dieser Haft?

A. Rechtlicher Charakter der Haft.

Man hat eine dreifache Konstruktion versucht. Man glaubt, die fragliche Haft als „Verwahrungs- (Sicherheits-) Haft" nach § 489 StPO. qualifizieren und behandeln zu müssen. Der s. Zt. nach § 112 l. c. erlassene Haftbefehl sei mit der Rechtskraft des Urteils außer Wirksamkeit getreten und durch jenen des § 489, der auch stillschweigend erlassen werden könne, ersetzt worden.

[1]) Insbesondere nicht in § 482 StPO., wie unter A III und IV erörtert werden wird.

[2]) Das Oberlandesgericht Dresden hat sich in 2 Beschlüssen — Sächs. OLG. 2, 193; 20, 386 — auf einen anderen Standpunkt gestellt, hierüber unter „Anhang".

Andere verwerfen diese Annahme und sind der Anschauung, daß der alte Haftbefehl über die Rechtskraft hinaus bis zur Einlieferung in den Strafort wirke; es liege also wahre Untersuchungshaft nach § 112 vor.

Eine dritte Meinung behilft sich mit „uneigentlicher" Untersuchungshaft. Man könne weder von „Verwahrungshaft" nach § 489, noch von eigentlicher Untersuchungshaft nach § 112 sprechen. An § 489 denke derjenige, der die Strafe zu vollziehen habe, überhaupt nicht; dieser Paragraph würde ihm auch nichts nützen und Untersuchungshaft nach § 112 gebe es ab Rechtskraft nicht mehr. „Strafhaft" käme auch nicht in Frage; so bleibe nur die „uneigentliche Untersuchungshaft" übrig.

Man wird keine dieser Konstruktionen akzeptieren können.

I. Verwahrungs-Haft?

Man argumentiert folgendermaßen:

Die im Laufe eines Strafverfahrens auf Grund des § 112 StPO. über den Angeklagten verhängte Untersuchungshaft erreicht, wie das Verfahren selbst, ohne weiteres ihren Abschluß, sobald das verkündete Strafurteil rechtskräftig geworden ist. An ihre Stelle tritt, wenn aus irgendeinem Grunde nicht sofort die Strafhaft sich anschließen kann, die von der Strafvollstreckungsbehörde gemäß der ihr durch § 489 l. c. eingeräumten Befugnis ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen verfügte, die Sicherung der Strafvollstreckung bezweckende Haft, die nur in dem weiteren Sinne des § 482 l. c Untersuchungshaft ist. Mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils geht die Strafsache in das der Staatsanwaltschaft vorbehaltene Stadium der Vollstreckung über.

Diesen Standpunkt hat noch in neuerer Zeit Kraft in SeuffBl. 64, 433 vertreten. Auch er betont mit Nachdruck, daß mit dem Eintritt absoluter Rechtskraft ein anderer Haftbefehl als der nach § 489 nicht mehr in Frage komme.

Nach Bennecke-Beling, Lehrb. 186, müßte die Untersuchungshaft, da sie „streng genommen" nur Sicherung der Person des Beschuldigten für die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens bezwecke, mit der Rechtskraft eines verurteilenden Erkenntnisses wegfallen. Doch sei dies nicht der Fall, wie sich schon aus § 482 ergebe. Mit der Rechtskraft werde die Untersuchungshaft Sicherungshaft für den Strafvollzug; sie müsse auf die Dauer des Strafvollzugs angerechnet werden.

An dieser Theorie muß vor allem der durch „konkludente Handlungen erlassene Haftbefehl nach § 489" auffallen. Wie stellt man sich dies vor? Kraft zwar hat eine einfache Erklärung gefunden. Er läßt die „konkludente Handlung" darin bestehen, daß der auf Grund richterlichen Haftbefehls Verhaftete nach seiner rechtskräftigen Verurteilung ohne weiteres im Gefängnisse festgehalten und der Vollstreckung unterworfen wird. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Strafvollstreckungsbehörde, wenn sie nach Eintritt der Rechtskraft den Verurteilten „sitzen" läßt, an den § 489 gar nicht denkt, wie mir jeder Staatsanwalt bestätigen wird. Es gebricht also schon an der Voraussetzung für einen solchen Schluß. Man behält den Verurteilten in Haft, weil man sich sagt, es könne unmöglich dem Gesetze entsprechen, daß ein Verurteilter, der s. Zt. wegen Fluchtverdachts in Haft genommen worden ist, mit dem Augenblicke des Eintritts der Rechtskraft des Erkenntnisses in Freiheit gesetzt und damit der Hauptzweck der Verhaftung — Sicherung des Strafvollzuges — vereitelt werde. Man läßt m. a. W. durch den wegen fortbestehenden Fluchtverdachts im Urteil nicht aufgehobenen Haftbefehl, entsprechend seinem Zwecke, den Strafvollzug sichern, vermitteln, indem man den Verurteilten mit dem Augenblicke des Eintritts absoluter Rechtskraft als in Strafhaft befindlich, mit diesem Zeitpunkte die Untersuchungshaft als in Strafhaft übergegangen erachtet. In dieser Intention, nicht, weil man damit — facto concludente — einen neuen Haftbefehl nach § 489 erlassen will, läßt man den Verurteilten sitzen. Der Gedanke ist richtig, wie noch des näheren darzulegen sein wird.

Hiervon abgesehen, würde ein nach § 489 — selbst ausdrücklich — erlassener Haftbefehl die mit ihm bezweckte Wirkung der Anrechnung der ab Rechtskraft bis zur Einlieferung in den Strafort verlaufenden Haft gar nicht haben. Die auf Grund des § 489 eintretende Haft ist keine Untersuchungshaft, kann deshalb niemals auf die Strafe angerechnet werden. § 482 StPO. schlägt nicht ein; denn er hat nur gerichtliche, auf Grund der §§ 112 ff. l. c. vom Richter angeordnete Haft zur Voraussetzung, vgl. unter IV. Dieser Haftgrund aber ist, wie die Anhänger der „Verwahrungshaft" selbst zugeben — Kraft a. a. O. — mit dem Eintritte absoluter Rechtskraft in Wegfall gekommen, kann also irgend eine Wirkung nicht mehr äußern. Wie ist demnach die Situation? Eine allein anrechnungsfähige Haft nach § 112 ff. liegt nicht mehr vor, die als vorliegend angenommene Haft nach § 489 ist nicht anrechnungsfähig! So auch die herrschende Meinung, vgl. v. Holtzendorff-Jagemann, Handb. d. Gefängniskunde II 101; Löwe a. a. O.; v. Mark-Kloß, Die Staatsanwaltschaft (2) 489; Weichert, Grundz. d. Strafvollstreckung 99; OLG. München St. 2, 137; ObLG. München St. 2, 157; 3, 407; GoltdArch. 43, 137; 52, 267.

Was Bennecke-Beling a. a. O. hiergegen vorbringt, bewegt sich in Widersprüchen. Er meint, „streng genommen" sei der Haftgrund des § 112 mit Eintritt der Rechtskraft in Wegfall gekommen, nicht „streng genommen" könne man ihn auch fortwirken lassen; schließlich läßt er die Unter-

suchungshaft doch untergehen, jedoch in anderer Gestalt, als „Sicherungshaft" wieder auferstehen! Krause, Haftentschädigung 41, 138 und Käb in SeuffBl. 71, 56 verwahren sich ebenfalls gegen die Annahme, als ob die nach § 489 eintretende Haft „Untersuchungshaft" sei, kommen aber zu dem sonderbaren Schlusse, daß diese Haft mindestens von der Einlieferung in ein Gerichtsgefängnis behufs provisorischer Verwahrung allda bis zur Ablieferung in die Strafanstalt „Strafhaft" sei. Begreiflicherweise hat diese Theorie, für die Rechtsgründe überhaupt nicht geltend gemacht sind, keinen weiteren Anklang gefunden.

Von sonstiger Seite ist ein Widerspruch gegen die herrschende Meinung, welche der nach § 489 bestehenden Haft die Anrechnungsfähigkeit schlechthin versagt, nicht erhoben worden. Bei den Beratungen der Reformkommission war zu § 489 der Antrag gestellt worden, zu beschließen:

„Wird der Verurteilte wegen Fluchtverdachts verhaftet, bevor eine Ladung zum Strafantritt an ihn ergangen oder die Frist zum Strafantritt abgelaufen ist, so ist die Strafzeit vom Tage der Verhaftung an zu rechnen."

Der Antrag wurde — ohne Beratung — zurückgezogen, Prot. 1, 367.

Resümee: Mit § 489 kann man die Richtigkeit des an die Spitze unserer Abhandlung gestellten Satzes nicht beweisen.

II. Untersuchungshaft nach § 112 ff. StPO.?

Nach der StPO. wird der Haftbefehl erlassen: wegen Kollusionsgefahr und wegen Fluchtverdachts. Der erstere verliert mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils seine Wirksamkeit; über diese Grenze hinaus gibt es — schon begrifflich — keine Kollusion. Ebenso tritt der wegen Fluchtverdachts erlassene Haftbefehl ipso jure außer Kraft, wenn gewisse Umstände eintreten, z. B. wenn der Antritt der erkannten Strafe erfolgt, ohne daß es dazu noch der formalen Aufhebung des Haftbefehls bedürfte; vgl. v. Holtzendorff-Jagemann a. a. O. 1, 462; v. Holtzendorff, Handb. 1, 359; Geyer, Lehrb. 591; Burlage, Entschäd. w. unschuldig erlitt. Haft 63; Koppmann, Komm. z. MStGO. 300.

Wie weit erstreckt sich nun überhaupt die Wirkung des wegen Fluchtverdachts erlassenen Haftbefehls? Das ist nun hier vor allem die Frage. Daß ein solcher Haftbefehl spätestens mit dem Antritt der Strafe außer Kraft tritt, ist wohl klar. Hört nun seine Wirksamkeit aber nicht schon mit einem früheren Zeitabschnitte auf? Hierüber muß wohl in erster Linie die Zweckbestimmung des Haftbefehls Aufschluß geben. Nun soll ein wegen Fluchtverdachts erlassener Haftbefehl nicht bloß die Durchführung des Verfahrens, sondern auch die Vollstreckung sichern; vgl. Rosenfeld, Reichsstrafprozeß (2) 266; Stenglein, Komm. z. StPO. (3) 245. Es liegt nun nahe, zu folgern: Wenn der Haftbefehl auch die Strafvollstreckung sichern soll, dann muß er über die Rechtskraft des Urteils hinaus bis zum Eintritte der Strafhaft wirken. In der Tat ist dieser Schluß gezogen worden. v. Kries, Lehrb. 312, faßt ihn in die Sätze:

„Die Haft wegen Fluchtverdachts soll sowohl die Durchführung des Verfahrens wie diejenige der Vollstreckung sichern. Sie ist daher möglich auch nach eingetretener Rechtskraft des Urteils, wenn der Vollstreckung Hindernisse im Wege stehen."

Weichert a. a. O. 99 ff. läßt den einmal erlassenen Haftbefehl bis zur Einlieferung oder bis zur Aufnahme in die Strafanstalt fortwirken. Nach seiner Anschauung beruht auch jene Haft, die der Verurteilte vom Zeitpunkt der eingetretenen Rechtskraft ab im Untersuchungsgefängnisse erleidet, auf dem ursprünglichen vom Gerichte erlassenen Haftbefehl, denn dieser bleibe auch nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils und bis zur Vollstreckung der Strafe in Kraft, wenn er nicht vorher ausdrücklich aufgehoben werde. Weichert scheut auch vor den Konsequenzen seiner Theorie nicht zurück. Er läßt auch in diesem Haftstadium den Verurteilten ausschließlich zur Verfügung des Gerichts stehen, das allein zur Verbescheidung allenfalls vom Verurteilten gestellter Anträge, z. B. auf Haftentlassung wegen Krankheit oder wegen dringender häuslicher Geschäfte, zuständig sei. Das Verfahren der Praxis, welches solche Anträge der Entscheidung durch die Strafvollstreckungsbehörde unterwerfe, bezeichnet Weichert als „jeden ersichtlichen Grundes entbehrend".

Diese Lehre, der Einfachheit und Folgerichtigkeit nicht abzusprechen ist, scheitert an dem Fundamentalsatze unseres Prozeßrechts, daß es mit dem Eintritte absoluter Rechtskraft eine Untersuchungshaft nach § 112 ff. StPO. nicht mehr gibt. An diesem Satze vermochten auch die Verteidiger der „Verwahrungshaft" nicht zu rütteln; im Gegenteil: ihre Theorie basiert geradezu auf diesem Satze, vgl. oben A I. Er ist in der Tat unangreifbar, galt schon im reformierten Strafprozeß, ist überhaupt ein Essentiale jeder Untersuchungshaft.

Rosenkranz, Z. f. Gesetzgebung und Rechtspflege (1867) 13, 244 drückt dies klar und bündig aus:

„Besteht in einer Strafsache einmal ein rechtskräftiges Strafurteil, dann hat die Untersuchungshaft ihr Ende erreicht. Wird dann die Verwahrung des Verurteilten noch im Untersuchungsgefängnisse fortgesetzt, so kann dies nur zur Sicherung des Strafvollzuges geschehen und die Haft dann nicht mehr eine Untersuchungshaft genannt werden."

Nicht umsonst hat deshalb der Gesetzgeber für notwendig befunden, der Vollstreckungsbehörde als Mittel zur zwangsweisen Durchführung des Strafvollzugs den Haftbefehl des § 489 an die Hand zu geben. Er wäre überflüssig, wenn der Haftbefehl des § 112 über die absolute Rechtskraft hinaus in Wirksamkeit bliebe, also nicht bloß die sichere Durchführung des Verfahrens sondern auch die Vollstreckung erzwingen ließe. Aber, eben weil er über diese Grenze hinaus nicht wirkt, mußte ein weiterer Behelf — der Haftbefehl des § 489 — geschaffen werden. Gleicher Anschauung: Keller, StPO. 518, der mit Recht auf die die grundsätzliche Verschiedenheit beider Haftbefehle schon äußerlich kennzeichnende Stellung des § 112 und des § 489 im System der StPO. hinweist, dann v. Mark-Kloß, a. a. O. 256. In der Reichsjustizkommission wurde dem § 118 der Vorlage, der dann als § 131 Gesetz wurde und die Erlassung von Steckbriefen hinter flüchtig gewordenen Beschuldigten zum Gegenstande hat, folgende authentische Interpretation gegeben:

„Der Vorsitzende erklärt unter allgemeinem Einverständnisse, daß die ganze Bestimmung des § 118 nur auf das Vorverfahren und nicht auf diejenigen Fälle Bezug habe, in welchen ein bereits Verurteilter sich der Verhaftung entzieht." Hahn, Mat. 4, 1268.

Allerdings ist der Satz, daß die Untersuchungshaft nach § 112 an der Rechtskraft des Urteils die Grenze ihrer Wirksamkeit finde, von der StPO. nicht bis in die letzten Konsequenzen durchgebildet. Andernfalls wäre die Bestimmung des § 121, wornach eine gestellte Kaution u. a. dann frei wird, wenn der Antritt der erkannten Strafe erfolgt, dann die Vorschrift des § 122, welche den Verfall einer Kaution u. a. an die Unterlassung des Antritts der erkannten Freiheitsstrafe knüpft, nicht erklärlich; denn die Kaution kann grundsätzlich als Surrogat der Haft nur eine cautio judicio sisti, nicht dagegen auch eine cautio judicatum solvi sein. Dieser Grundsatz ist in den §§ 121 und 122 — offenbar aus Zweckmäßigkeitsgründen — durchbrochen; doch bekräftigen solche Ausnahmen bekanntlich nur die Regel. Gleicher Anschauung auch Binding, Grundriß (5) 130.

Resümee: Auch mit § 112 kann man die Richtigkeit des an die Spitze gestellten Satzes nicht beweisen, denn „Untersuchungshaft" liegt nicht vor.

III. Uneigentliche Untersuchungshaft?

Man spricht auch von „Untersuchungshaft im weiteren Sinne" und legt sich die Sache folgendermaßen zurecht: Eine Strafverbüßung, Strafhaft gibt es nur in der Strafanstalt; erst von der Aufnahme in die zur Verbüßung der erkannten Strafe vom Gesetze bestimmte Anstalt an beginnt die Strafhaft. Ergo: ist die vor diesem Zeitpunkte wenngleich nach Eintritt absoluter Rechtskraft verbüßte Haft nicht Strafhaft; Verwahrungshaft nach § 489 ist sie schon deshalb nicht, weil sie dann nicht angerechnet werden könnte, richtige Untersuchungshaft nach § 112 kann sie auch nicht sein; denn diese wirkt über die Rechtskraft des Urteils nicht hinaus. Schluß: sie kann nur „uneigentliche" Untersuchungshaft sein. Daß dieser Schluß kein zwingender ist, leuchtet ein. Deswegen, weil ein Ding nicht rot, grün, schwarz ist, muß es noch nicht weiß sein. Nun beruft man sich auf den § 482, der klar und deutlich ohne jede zeitliche Einschränkung die Haft, welche der Verurteilte erleidet, seitdem er auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet habe usw., als „Untersuchungshaft" bezeichne. Damit sei auch die auf die Zeit zwischen Rechtskraft und Einlieferung fallende Haft zur „Untersuchungshaft" gestempelt und deren Anrechnung statuiert. Auf diesem Standpunkt steht das OLG. München 3, 293, welches folgerichtig den Art. 39 Abs. 2 des bayr. EG. z. StGB. v. 26. Dez. 1871, welcher die Strafzeit bei verhafteten Verurteilten mit dem Tage der (absoluten) Rechtskraft des Urteils beginnen läßt, im Anschlusse an die Motive zu diesem Art. 39 als durch den § 482 ersetzt ansieht. Auch die Theorie gibt überwiegend dem § 482 diese Auslegung, vgl. Keller, Komm. z. StPO. 512; Thilo, StPO. 529; Puchelt, Komm. z. StPO. 810; Bomhard-Koller, Komm. z. StPO. 351; Mark-Kloß, a. a. O. 485; v. Holtzendorff-Jagemann, a. a. O. 2, 101. Sie ist in der Lage, sich für ihre Anschauung auf die Protokolle der Reichsjustizkommission zu berufen. Der Schlußpassus des § 482: „oder seitdem die Einlegungsfrist abgelaufen, ist, ohne daß er eine Erklärung abgegeben hat", ist auf Antrag v. Schwarzes ins Gesetz gekommen. Er begründete seinen Antrag wie folgt:

„Der § 407 (482 des Ges.) decke nicht alle Fälle, die vorkommen könnten, namentlich den nicht, daß der Verurteilte nach Ablauf der Einlegungsfrist noch einige Zeit in der Untersuchungshaft zurückbehalten werde. Dieser Fall könne eintreten bei denjenigen Gerichten, welche die Verurteilten nicht einzeln, sondern mehrere zusammen in die Strafanstalten transportieren. . . . . . Es müsse daher im Gesetz dafür Sorge getragen werden, daß auch diese in der Untersuchungshaft verbrachte Zeit auf die Strafe angerechnet werde." Hahn, a. a. O. 3, 1434.

Der Antrag fand Annahme, ohne daß zu ihm von irgend einer Seite Stellung genommen wurde. Auch der Bericht der Kommission deckt sich sachlich mit obiger Begründung. Hahn, a. a. O. 3, 1590. Hiergegen ist mit dem OLG. Dresden (Ann. 20, 386) einzuwenden, daß für die An=

nahme, diese von der Kommission vertretene Ansicht habe auch der übereinstimmenden Meinung aller Träger der Gesetzgebung entsprochen, die Entstehungsgeschichte des § 482 keinerlei Anhalt bietet. Aber auch § 482 selbst läßt sich nicht im Sinne der herrschenden Meinung auslegen. Er gebietet die Anrechnung der vom Angeklagten erlittenen „Untersuchungshaft“, ohne auch nur mit einem Worte anzudeuten, daß der Begriff „Untersuchungshaft“ hier in einem anderen Sinne als in jenem des 9. Abschnitts des I. Buchs der StPO. zu nehmen sei. Wenn § 482 eine neue Untersuchungshaft, eine solche im weiteren Sinne, die den Zeitraum ab Rechtskraft bis zur Einlieferung in die Strafanstalt umfassen sollte, kreieren wollte, so hätte diese Ausdehnung des Begriffs „Untersuchungshaft“ doch irgendwie zum Ausdruck gelangen müssen. Es ist dies nicht geschehen, und zwar mit gutem Grunde, weil der Gesetzgeber gar keinen Anlaß hatte, eine neue, erweiterte Untersuchungshaft zu schaffen. Die Härte, die in der uneingeschränkten Durchführung des in § 481 aufgestellten Grundsatzes, daß die oberste Voraussetzung des Strafvollzugs die absolute Rechtskraft des Urteils sei, in jenen Fällen lag, in denen der Angeklagte das Urteil angenommen, der Staatsanwalt dagegen angefochten hatte, sollte durch § 482 gemildert werden. Dies war der in den Motiven — Hahn, a. a. O. 292 — klar ausgesprochene Zweck des § 407 des Entwurfs, der dann mit dem Amendement Schwarze als § 482 Gesetz geworden ist. Die Hinausschiebung des Eintritts absoluter Rechtskraft durch ein vom Staatsanwalt eingelegtes Rechtsmittel sollte der verhaftete Angeklagte, der sich bei dem Urteil beruhige, nicht zu entgelten haben; deswegen milderte der Gesetzgeber das Prinzip, welches vor dem Eintritt absoluter Rechtskraft keinen Strafvollzug zuläßt (§ 481), für diese Fälle dahin ab, daß er in § 482 bestimmte:

> Die durch diese vom Angeklagten nicht verschuldete Hinausschiebung des Eintritts absoluter Rechtskraft herbeigeführte Verlängerung der „Untersuchungshaft“ nach §§ 112 ff. soll der Angeklagte nicht zu büßen haben; es soll vielmehr dieses Plus an — wahrer und echter — „Untersuchungshaft“ — u. zw. dieses Plus allein — dem Angeklagten als Strafe gerechnet werden.

Diese Bestimmung war deswegen notwendig, weil der korrespondierende § 60 StGB. nur die vor Fällung des Urteils erlittene Untersuchungshaft betrifft, demnach für die nach Urteilsfällung verbüßte Untersuchungshaft – wohlgemerkt „Untersuchungshaft nach § 112“! — ohne den § 482 es an einer die Anrechnung rechtfertigenden Bestimmung fehlen würde.

§ 482 hat also — und das ist der Kern unserer Beweisführung — die auf den Zeitraum: Absolute Rechtskraft — Einlieferung in den Strafort — entfallende Haft gar nicht zum Gegenstande.

Diese Haft ist nicht „Verwahrungshaft“, nicht „Untersuchungshaft“ — weder im engeren Sinn der §§ 112 ff., noch im weiteren Sinn des § 482 —; sie ist einzig und allein

IV. Strafhaft.

In der Tat: Nur mit dieser Konstruktion kommt man — trivial gesprochen — durch. Nun wird man freilich sofort einwenden: „Das ist ja ein Verstoß gegen die Elemente unseres Strafprozeßrechts! Nimmermehr gibt es vor der Einlieferung in den Strafort eine Strafhaft! Also kann eine vor diesem Zeitpunkt liegende Haft niemals Strafhaft sein.“ So die herrschende Meinung; vgl. Holtzendorff, Handb. 2, 483; Löwe, a. a. O. 400; Wachenfeld in v. Holtzendorffs Enzyklopädie 2, 288; Lunglmayr, Der jur. Vorbereitungsdienst in Bayern 1, 290; Weichert, a. a. O. 99 ff.; OLG. München St. 2,137; ObLG. München St. 2, 157. Sie stützt sich auf die §§ 15 mit 18, 22, 57 Abs. 2 StGB., Art. 23 mit 27 BayAG. z. StPO. Diese Gesetzesstellen enthalten Vorschriften über die Art des Strafvollzugs, ordnen u. a. an, daß Gefängnisstrafen von einer bestimmten Höhe an in Gefangenenanstalten, außerdem in Gerichtsgefängnissen zu vollziehen seien, daß der Vollzug der gegen Jugendliche erkannten Strafen in besonders hierzu bestimmten Anstalten zu geschehen habe, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Teil der erkannten Strafen in Einzelhaft zu vollziehen sei. Die herrschende Meinung schließt nun: Nur ein nach Maßgabe dieser Vorschriften gestalteter Strafvollzug ist „Strafverbüßung“, „Strafhaft“ im Sinne des Gesetzes. Eine Gefängnisstrafe über 3 Monate kann hiernach nur in einer Gefangenenanstalt, eine Zuchthausstrafe nur in einem Zuchthause, eine Haftstrafe nur in einem Gerichtsgefängnisse verbüßt werden. Deshalb ist die von einem zur Zuchthaus-, zur Gefängnisstrafe über 3 Monate, zur Festungsstrafe Verurteilten im Untersuchungsgefängnisse verbrachte Haftzeit niemals Verbüßung, Vollstreckung der Zuchthaus-, Gefängnis-, Festungsstrafe und kann es schon begrifflich nicht sein. Uns will bedünken, als ob dieser Auffassung eine Vermengung zweier Begriffe: „Strafhaft“ und „Strafverbüßung“, zugrunde läge. Es ist ganz richtig, was die angezogenen §§ und Artt. besagen: eine Gefängnisstrafe über 3 Monate kann nur in einer Gefangenenanstalt, eine Zuchthausstrafe nur in einem Zuchthause rc. „verbüßt“ werden. Eine ganz andere Frage aber ist, ob eine im Untersuchungsgefängnisse erlittene Haft als Verbüßung einer Gefängnis-, Zuchthaus-, Festungsstrafe gilt, kurzgesagt „Strafhaft“

ist und wieder eine andere Frage ist, ob eine erlittene „Untersuchungshaft" (§§ 112 ff.) auf die Strafe „angerechnet" wird, dabei aber „Untersuchungshaft" bleibt. In diesen Formen bewegt und erschöpft sich — nur in umgekehrter Reihenfolge — der Vollzug der gegen Verhaftete erkannten Strafen. Ein Beispiel soll diesen Satz veranschaulichen:

A ist am 1. Februar 1906 zu 10 Monaten Gefängnis unter Anrechnung von 3 Monaten Untersuchungshaft verurteilt worden und hat am 3. Februar 1906 auf Revision verzichtet. Der Staatsanwalt legte Revision ein, die am 1. April 1906 verworfen wurde. Am 20. April 1906 erfolgte die Einlieferung des Verurteilten in die Gefangenanstalt. Die gemäß § 60 StGB. angerechneten 3 Monate Haft sind echte Untersuchungshaft und bleiben es trotz der Anrechnung, die bekanntlich die Untersuchungshaft nicht zur antizipierten Strafhaft macht, RGSt. 29, 75; Olshausen Komm. (7) 265.

Auch die Haft, die der Verurteilte vom Zeitpunkte seines Revisionsverzichts an bis zum Eintritt absoluter Rechtskraft des Erkenntnisses — 3. Februar 1906 bis 1. April 1906 — erleidet, ist Untersuchungshaft nach § 112 und bleibt es trotz der Anrechnung, die nach § 482 erfolgt. RGSt. a. a. O.

Mit dem 1. April 1906 — dem Eintritte absoluter Rechtskraft — hat die s. Zt. nach § 112 angeordnete Untersuchungshaft ihr Ende erreicht, der Haftbefehl ist außer Kraft getreten; die Haft, die der Verurteilte von da ab bis zur Einlieferung in die Gefangenanstalt erleidet — 1. April 1906 bis 20. April 1906 — kann daher „Untersuchungshaft" nicht mehr sein; „Gefängnisstrafe" im technischen Sinne unseres StGB. ist sie freilich ebensowenig, denn eine zehnmonatliche Gefängnisstrafe kann nach bestehender Vorschrift nur in einer Gefangenenanstalt „verbüßt" werden, die in einem anderen Orte erlittene Haft ist daher keine „Gefängnisstrafe"; allein dessenungeachtet ist sie „Strafhaft," vom 1. April 1906 an hat der Vollzug der Strafe begonnen. Diese „generelle Strafhaft", wie man sie nennen kann, ist der am 20. April 1906 beginnenden „individuellen Strafhaft", nun technisch „Gefängnisstrafe" genannt, völlig gleichwertig.

Bei diesem Einwand wird es nicht bleiben. Man wird sich auf § 483 StPO. berufen, wo deutlich gesagt sei, daß die Strafvollstreckung durch die Staatsanwaltschaft auf Grund einer erteilten Urteilsformel erfolge, also ein Strafvollzug vor Erteilung dieser Formel ausgeschlossen sei. Demnach könne davon, daß der Strafvollzug schon mit dem Eintritt absoluter Rechtskraft beginne, keine Rede sein. Auch dies ist ein Trugschluß. Setzt denn der Strafvollzug stets einen besonderen Vollstreckungsakt voraus? Keineswegs. Man denke doch nur an den § 36 StGB., welcher die Wirkung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte sowie der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter — also den Vollzug von Nebenstrafen — mit der Rechtskraft des Urteils — ipso jure — eintreten läßt. Man stoße sich nur nicht an dem Worte „Vollstreckung"! Besser würde der Ausdruck „Realisierung des im Urteil auferlegten Strafübels" gewählt; darin liegt wohl die prägnanteste Definition des Begriffs „Strafvollzug", „Strafvollstreckung", vgl. auch Oetker i. d. Gött. Gelehrten Anzeigen 160, 602 ff.; Birkmeyer, deutsches Strafprozeßrecht 745.

Diese Verwirklichung vollzieht sich teils ipso jure — so in unserem Fall mit dem 1. April 1906, dem Tage des Eintritts absoluter Rechtskraft, teils durch das Mittel einer Tätigkeit der Strafvollstreckungsbehörde — in unserm Fall durch die Einlieferung in die Gefangenenanstalt am 20. April 1906. In diesem Sinn kennzeichnet auch ein jüngstes Urteil des Reichsgerichts, mitgeteilt in der JW. 35, 123 ff., den Inhalt der Strafvollstreckung:

„Keineswegs läßt sich mit Grund behaupten, es habe sich der allgemeine Sprachgebrauch dahin entwickelt, daß man den Ausdruck, eine Strafe sei vollstreckt worden, ausschließlich nur dann anwende, wenn besondere Vollstreckungsakte vorgenommen worden sind. Es läßt sich auch nicht mit Grund behaupten, daß in der Sprachweise unserer Gesetzgebung eine Urteilsvollstreckung notwendig einen Akt, der nach der Rechtskraft des Urteils gegen den Verurteilten vorgenommen wird, erfordere."

Nur im letzteren Sinne handelt § 483 von der Strafvollstreckung. Er hat nur „die Ueberführung des Verurteilten in das Strafgefängnis zum Gegenstande", vgl. Hahn, a. a. O. 3, 1131; Schwarze, Komm. z. StPO. 603; Geyer, a. a. O. 891.

„Ihre (der Staatsanwaltschaft) Aufgabe ist bei den weitaus häufigsten Strafen, den Freiheitsstrafen, lediglich die Bewirkung des Strafantritts in der richtigen Gefangenenanstalt", Binding, a. a. O. 297.

„In Ansehung der Freiheitsstrafen sind unter der Strafvollstreckung im Sinne des § 483 nur diejenigen Akte zu verstehen, welche erforderlich sind, um den Verurteilten der Strafanstalt zu überliefern", Löwe, a. a. O. 941.

Für diese Akte der Strafvollstreckung — und nur für diese — fordert § 483 als formelle Voraussetzung die Erteilung der Urteilsformel; nimmermehr aber hat diese Formelerteilung zur Bedingung für den Beginn des Strafvollzugs schlechthin, keineswegs als die conditio sine qua non der Verwirklichung des im Urteil ausgesprochenen Strafübels gesetzt werden wollen. Der Gesetzgeber konnte eine solche Bestimmung auch gar nicht treffen; denn er war sich zweifel-

los bewußt, daß sich manches Strafübel ipso jure, ohne jedes Zutun seitens der Vollstreckungsbehörde, vollzieht, wie bereits hervorgehoben; vgl. auch: Bennecke-Beling, a. a. O. 619; Krobitzsch, die Verfügung in Straff. (2) 263; Mark-Kloß, a. a. O. 467.

Auch § 483 spricht sonach keineswegs gegen die hier vertretene Anschauung.

Positive Beweise, welche diese Anschauung stützen, fehlen ebensowenig. Der von uns aufgestellte Satz, daß § 482 das den Gegenstand unserer Erörterung bildende Haftstadium gar nicht umfasse, weil es sich bei diesem um Untersuchungshaft überhaupt nicht handle, demnach auch von „Anrechnung" nicht gesprochen werden könne, weil vielmehr echte Strafhaft vorliege, ist direkt aus § 481 StPO. zu folgern. Dieser Paragraph enthält in negativer Fassung den positiven Grundsatz, daß sich an die Rechtskraft des Urteils die Vollstreckung regelmäßig unmittelbar anschließt, soferne nicht Umstände vorliegen, welche ein zeitliches Auseinanderfallen beider Fakta zur notwendigen Folge haben, vgl. auch: Binding, a. a. O. 298; v. Holtzendorff, Rechtslexikon (3) 1168. Letzteres ist der Fall, wenn sich der Verurteilte nach Eintritt der Rechtskraft auf freiem Fuß befindet. Ist dagegen der Verurteilte im Momente des Eintritts absoluter Rechtskraft auf Grund der §§ 112 ff. noch in Haft, so ist der Regelfall gegeben: Mit dem bezeichneten Momente geht die Untersuchungshaft in Strafhaft über; letztere schließt sich an die Rechtskraft des Urteils unmittelbar an.

Zu dem nämlichen Ergebnis ist Olbricht bei Untersuchung der Frage nach dem Verhältnis mehrerer gegen einen Beschuldigten gleichzeitig bestehender Haftbefehle — GoltdArch. 48, 408 — gelangt:

> „Wird eine in Untersuchungshaft befindliche Person in der betreffenden Sache zur Strafe verurteilt, so schließt sich die Strafhaft regelmäßig unmittelbar an die Untersuchungshaft an. Ein etwa bestehender weiterer Haftbefehl tritt regelmäßig erst nach Beendigung der Strafhaft in Kraft."

Folgerichtig läßt Olbricht einen solchen weiteren Haftbefehl vor Ablauf der Strafhaft nur nach deren Unterbrechung in Kraft treten.

Auch die Rechtsprechung hat sich gegen den von uns eingenommenen Standpunkt nicht durchweg ablehnend verhalten. Das OLG. München hat in dem Beschluß vom 27. November 1905 — SeuffBl. 61, 192 — ausgesprochen, daß nicht Aufschub sondern Unterbrechung der Strafvollstreckung vorliege, wenn der verhaftete Angeklagte sich dem Urteile unterworfen und seinen Strafantritt erklärt habe, hierauf aber um Entlassung aus der Haft bitte; denn hier stehe eine bereits angetretene Strafe in Frage. Sollte freilich das OLG. einen solchen Strafantritt noch vor dem Eintritt absoluter Rechtskraft als zulässig erachtet haben, so wäre dies — vgl. § 481! — zu weit gegangen. Korrekt bezeichnet das Reichsgericht — Entsch. 31, 244 — diejenige Haft, die seit der Rechtskraft des Urteils abgelaufen war, als teilweise Verbüßung der erkannten Strafe, als eine noch im Untersuchungsgefängnisse begonnene Strafhaft. Allerdings bezieht sich das Reichsgericht für seine Anschauung nur auf § 482, während wir den Standpunkt vertreten, daß § 482 das kritische Haftstadium gar nicht berührt, vielmehr ausschließlich § 481 einschlägt.

Die preuß. Justizverwaltung scheint ebenfalls unseren Standpunkt zu teilen; wenigstens spricht hierfür die Bestimmung ihrer Gefängnisordnung in § 95 Abs. 5, wonach Gefangene, gegen welche ein vollstreckbares Urteil ergangen ist, welche aber noch nicht in die Verbüßungsanstalt überführt sind, in der Zwischenzeit als Strafgefangene zu behandeln sind.

Der Satz, daß es eine „Strafhaft", „Strafverbüßung" auch außerhalb der zur Verbüßung der erkannten Strafe bestimmten Anstalt — im Untersuchungsgefängnisse — gibt, wie in unserem Falle im Zeitraum ab Rechtskraft bis zur Einlieferung, enthält, was schließlich gegenüber dem Hauptargument der herrschenden gegnerischen Meinung noch hervorzuheben ist, gar nichts Außergewöhnliches, den Prinzipien unseres Prozeßrechts Widerstreitendes. Wenn ein Verurteilter, der in einer Gefangenenanstalt seine Strafe verbüßt, ohne Unterbrechung des Strafvollzugs in ein auswärtiges Untersuchungsgefängnis etwa zum Zwecke neuerlicher Aburteilung überführt wird, so geht — unbestritten — die Verbüßung der Strafe im Untersuchungsgefängnisse weiter. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus bekommt nunmehr auch der scheinbar paradoxe Satz: daß der nach § 112 wegen Fluchtverdachts erlassene Haftbefehl einerseits den Strafvollzug zu sichern habe, anderseits über die Rechtskraft des Urteils nicht hinauswirke, einen logischen Inhalt. Tatsächlich erfüllt der Haftbefehl seinen Zweck, indem er bis zum Moment des Eintritts der Rechtskraft wirkt, den Verurteilten also solange festhält, bis sich — mit dem Moment der eingetretenen Rechtskraft — die Strafhaft direkt der Untersuchungshaft anschließt.

In dieser Intention, weil sie die Untersuchungshaft unmittelbar in Strafhaft übergehen läßt, nicht etwa, um damit — facto concludente — einen neuen Haftbefehl zu erlassen, läßt die Vollstreckungsbehörde den Verurteilten nach Eintritt absoluter Rechtskraft „sitzen" — nach dem Dargelegten mit vollem Recht; denn diese Intention entspricht nur dem tatsächlich bestehenden Rechtsverhältnisse.

Anhang:

Da nach der hier vertretenen Anschauung die nach Rechtskraft verlaufende Haft „Strafhaft" ist, braucht auf die Streitfrage, ob nach § 482 StPO. in jedem Fall oder nur in den von § 482 speziell angeführten 3 Fällen (Verzicht 2c.) die von dem Eintritt der relativen oder absoluten Rechtskraft an erlittene Haft auf die zu vollstreckende Strafe anzurechnen sei, nicht eingegangen zu werden. Den letzteren Standpunkt vertritt das OLG. Dresden — Ann. 2, 193; 20, 386; ersteren die herrschende Meinung, vgl. Löwe a. a. O. 939; Dalcke-Genzmer, Handb. d. Strafvollstr. 2c. 60; OLG. München St. 3, 293. Das gleiche ist der Fall bezüglich der von Meves, Strafverfahren (2) 201 aufgeworfenen Frage, ob sich die Vorschrift des § 482 mit jener des § 487 Abs. 3 vereinbaren lasse; sie ist ebenfalls für uns gegenstandslos, da wir bei Verhafteten ab Rechtskraft nurmehr eine „Strafhaft" kennen.

B. Praktische Folgerungen:

Ist, wie dargelegt, die Haft im kritischen Stadium „Strafhaft", dann stellt sich ein Antrag auf Entlassung aus dieser Haft als auf Unterbrechung der Strafvollstreckung gerichtet dar; für einen „Strafaufschub" ist kein Raum mehr. Folglich haben bezüglich der Bescheidung dieser Anträge nur jene Bestimmungen zu gelten, welche von der Unterbrechung des Strafvollzugs handeln.

Unsere StPO. erwähnt nun die Unterbrechung der Vollstreckung nur an drei Stellen: in den §§ 400 Abs. 2, 490 Abs. 3 und in § 493. Hiernach trifft das Gericht in folgenden Fällen die Entscheidung, ob die Vollstreckung unterbrochen werde oder nicht,

1. wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten beantragt ist;
2. wenn über die Auslegung eines Strafurteils oder über die Berechnung der erkannten Strafe Zweifel entstehen;
3. wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung erhoben werden;
4. wenn es sich darum handelt, ob der Verurteilte
   a) in Geisteskrankheit verfallen ist,
   b) sich eine andere Krankheit zugezogen hat, welche im Falle der Vollstreckung der Strafe eine nahe Lebensgefahr für ihn besorgen läßt;
   c) sich in einem körperlichen Zustand befindet, bei welchem eine sofortige Vollstreckung mit der Einrichtung der Strafanstalt unverträglich ist, die Strafvollstreckungsbehörde den auf einen dieser Punkte gestützten Antrag auf Aussetzung des Vollzugs abgelehnt und gegen diese Ablehnung der Verurteilte die Entscheidung des Gerichts angerufen, inzwischen aber infolge Fortgangs des Vollzugs die Strafe angetreten hat;
5. wenn der Verurteilte nach Beginn der Vollstreckung wegen Krankheit in eine von der Strafanstalt getrennte Krankenanstalt gebracht worden ist und nun die Frage entsteht, ob er nicht mit der Absicht, die Strafvollstreckung zu unterbrechen, die Krankheit herbeigeführt hat.

Alle anderen Fälle, in denen nach Beginn der Vollstreckung — sei es wegen Krankheit oder aus einem sonstigen Grunde — um Entlassung aus der Haft nachgesucht wird, sind, da die StPO. hierüber schweigt, der Regelung im Verwaltungswege überlassen, vgl. Löwe, a. a. O. 944; GoltdArch. 43, 419; Schwarze, Komm. 605; v. Holtzendorff, Rechtslexikon (3) 1166; Binding, a. a. O. 299.

In Bayern sind Gesuche um Unterbrechung des Strafvollzugs, insoweit nicht die Zuständigkeit der Gerichte begründet ist, auf dem für Begnadigungsgesuche vorgeschriebenen Wege zu behandeln; denn

„nur dem Allerhöchsten Kronrechte der Begnadigung ist es vorbehalten . . . Unterbrechung und fristenweise Erstehung einer Strafe zu gestatten . . .". JME. v. 23. Juli 1856 Nr. 10543.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist den ersten Staatsanwälten und den Amtsgerichtsvorständen provisorische Unterbrechung des Strafvollzugs — unter Vorbehalt der Einholung nachträglicher Genehmigung — gestattet, vgl. die voralleg. JME., dann JME. v. 8. Mai 1872 Nr. 5103, 8. Juli 1862 Z. 9, JMBB. v. 3. März 1872 und 11. Juni 1875, ferner GJME. v. 2. Aug. 1884 Nr. 11300.

Schwangeren dürfen die Oberstaatsanwälte zum Zweck der Entbindung Strafunterbrechung bewilligen, JME. v. 16. Dez. 1858, 19. Okt. 1880 Nr. 14445.

Es steht selbstverständlich nichts im Wege, daß die Allerhöchste Stelle im Wege der Delegation die Befugnis, Strafunterbrechung zu bewilligen, mit oder ohne Einschränkung den Strafvollstreckungsbehörden überträgt, wie dies über den Rahmen des § 488 StPO. hinaus durch Allerh. E. v. 19. Juni 1896 — JMB. 226 f. — hinsichtlich der im Interesse Dritter gestellten Strafaufschubsgesuche und bezüglich der Gesuche um Stundung und ratenweise Zahlung der Geldstrafen durch Allerh. E. v. 31. Dez. 1899 — JMB. 1900 S. 399 — geschehen ist.

Da — von den erwähnten gestatteten provisorischen Maßregeln und von der den Oberstaatsanwälten hinsichtlich der Schwangeren eingeräumten Befugnis abgesehen — eine solche Delegation bisher noch nicht stattgefunden hat, so ist in Bayern — nach dem Ergebnisse unserer Ausführungen — jedes Gesuch um Entlassung aus der Haft im Stadium: Rechtskraft des Urteils — Einlieferung in den Strafort, weil Strafunterbrechung bezielend als Begnadigungs-

gesuch zu behandeln und zu verbescheiden. Damit treten wir allerdings zur gesamten Praxis in Gegensatz. Diese behandelt alle Gesuche um Entlassung aus der Haft im kritischen Stadium als Gesuche um Strafaufschub, von der Erwägung ausgehend, daß die Haft ab Rechtskraft im Hinblick auf § 482 StPO. „Untersuchungshaft“ sei, die „Strafhaft“ demnach erst mit der Einlieferung in den Strafort beginne. Wir haben auseinandergesetzt, aus welchen Gründen wir dieser, der herrschenden Meinung als Grundlage dienenden Rechtsanschauung nicht beipflichten zu können glauben.

Der an der Spitze dieser Abhandlung gestellte Satz hat — und das ist das Endergebnis unserer Ausführungen — nicht so, wie dort zu lesen ist und der herrschenden, von uns bekämpften Rechtsanschauung entspricht, sondern folgendermaßen zu lauten:

„Diejenige Haft, welche der Verurteilte vom Eintritte absoluter Rechtskraft des Erkenntnisses an bis zur Einlieferung in den Strafort verbüßt, wird nicht auf die Strafe „angerechnet“, sondern ist selbst echte und rechte Strafhaft.“

Die Wirkungen der Zwangsversteigerung auf das Zubehör.

Von Landrichter **Dr. Paul Altmann** in Charlottenburg.

(Schluß).

VI. Aus vorstehendem erhellt, daß das ZwVG. zwischen Aufhebung und einstweiliger Einstellung des Verfahrens scharf unterscheidet.

Eine Aufhebung des Verfahrens erfolgt aus Gründen, die eine Fortsetzung des Verfahrens als unzulässig erscheinen lassen. Ist das Verfahren aufgehoben, so kann nur eine neue Anordnung nach Maßgabe der §§ 15 ff. in Frage kommen. Die Einstellung geschieht, wenn die Fortsetzung zulässig ist, und von einer Fortsetzung kann nur die Rede sein, wenn das Verfahren eingestellt war (vgl. Jäckel, ZwVG. Anm. zu § 32). Sowohl die Aufhebung als auch die Einstellung mit oder ohne Sicherheitsleistung kann von dem Prozeßgericht angeordnet werden. Es fragt sich nun, welche Wirkung einerseits die Aufhebung, anderseits die einstweilige Einstellung auf das Zwangsversteigerungsverfahren äußern.

VII. Was zunächst die Aufhebung des Verfahrens bezüglich der von dem Dritten in Anspruch genommenen Zubehörstücke anlangt, so ist in Vollzug der Anordnung des Prozeßgerichts die Ausschließung der Zubehörstücke von der Immobiliarzwangsversteigerung vom Vollstreckungsgericht auszusprechen. Die Zubehörstücke scheiden alsdann aus dem Versteigerungsverfahren aus, und es bedarf der Einleitung eines neuen Vollstreckungsverfahrens seitens des betreibenden Gläubigers, um diese Stücke für sich in Anspruch nehmen zu können.

VIII. Bezüglich der Wirkung der vom Prozeßgericht angeordneten einstweiligen Einstellung des Verfahrens auf das Zwangsversteigerungsverfahren herrscht Streit.

Während die einen (vgl. Jäckel, ZwVG. Anm. 1 zu § 23, 2. Aufl. S. 106 ff., Anm. 1 zu § 65 S. 245) der Ansicht sind, daß die Einstellung nur die Pertinenzstücke betrifft, sodaß das Zwangsversteigerungsverfahren bezüglich des Grundstücks seinen Fortgang nimmt, vertreten andere (vgl. Herold i. ZBlfFG. Jahrg. 4 S. 291 ff. insbesondere S. 299 ff., Mangler i. Sächs. Arch. 14 S. 145, Levis i. ZZP. Bd. 35 S. 87 ff.) den Standpunkt, daß die Einstellung das ganze schwebende Zwangsversteigerungsverfahren ergreift. Zur Begründung des letztgedachten Standpunktes hat man auf die aus wirtschaftlichen Gründen gebotene Zusammenhaltung des grundsätzlich einheitlich gestalteten Zwangsversteigerungsverfahrens, auf die Mißlichkeit der Auseinanderreißung von Grundstück und Zubehör, auf die dadurch herbeigeführte schwere Schädigung der dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Hypothekengläubiger hingewiesen. Gerade letztere würden in den meisten Fällen bei Beleihung des Grundstücks auch den Wert des zu diesem gehörigen Zubehörs in Rechnung gestellt und damit einen Anspruch auf das Zubehör zwecks Verwirklichung ihrer Ansprüche erworben haben. Mit Rücksicht auf den letztgedachten Umstand will man auch den intervenierenden Dritten nötigen, sein der Versteigerung entgegenstehendes Recht allen Realgläubigern gegenüber geltend zu machen. Man geht hierbei auch von der Erwägung aus, daß der betreibende Gläubiger nach seiner Rangstelle an der Mitversteigerung der Zubehörstücke am wenigsten interessiert sein wird, da er ohnedem gedeckt ist, auch geneigt sein wird, einem langwierigen Prozesse mit dem Dritten durch Freigabe der Zubehörstücke aus dem Wege zu gehen. Im Gegensatz hierzu sind allerdings die nachstehenden Realgläubiger durch die wenn auch nur einstweilige Ausscheidung der Zubehörstücke von der Zwangsversteigerung besonders bedroht, da das Gesamtgebot naturgemäß bedeutend geringer sein wird, je wertvoller das Zubehör ist und auch dadurch ihr Ausfall sich erheblich vergrößern wird. Sie sind deshalb auch am meisten daran interessiert, daß der von dem intervenierenden Dritten anzustrengende Prozeß durchgeführt und ein für sie günstiges Urteil erzielt werde. Wenn man sich auch gegen das Gewicht vorstehender Gründe nicht verschlossen hat (vgl. Jäckel a. a. O. Anm. 1

zu § 23 S. 106 u. v. d. Pfordten, BayZfR. Nr. 5 2. Jahrg S. 90 f.) und insbesondere anerkannt hat, daß durch die Zerreißung der Zwangsversteigerung die Rechtslage der nachstehenden Realgläubiger gefährdet werden kann, so ist doch insofern ein Schutz für die nachstehenden Realgläubiger gegeben, als letztere z. B. für ihre Hypothek die Zulässigkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 799, 800 ZPO. für den Fall ausbedingen können, daß das Grundstück zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung kommen sollte, und alsdann in der Lage sind, dem Verfahren beizutreten und damit die Wirkungen der Beschlagnahme auch für sich in Anspruch nehmen zu können (vgl. Jäckel a. a. O. S. 106 und in der Zeitschr. „Das Recht" 8. Jahrg. Nr. 23 S. 585 ff., ferner v. d. Pfordten, Kommentar z. ZwVG. 1904 S. 109). Ferner kommt in Betracht, daß, wenn das Zubehör infolge seines hohen Wertes geeignet ist, eine erhebliche Wertsteigerung der sonstigen Immobiliarmasse herbeizuführen, schon der betreibende Gläubiger im eigenen Interesse das ganze Verfahren einstellen lassen wird. Anderseits würde bei einem nur geringen Werte des Zubehörs durch die Einstellung des ganzen Verfahrens eine sehr störende Verzögerung herbeigeführt werden, die unter Umständen eine Entwertung der ganzen Masse nach sich ziehen kann. Beachtenswert ist auch, daß dem betreibenden Gläubiger bei Einstellung des ganzen Verfahrens, sofern auch nur einer der beteiligten Gläubiger Widerspruch erhebt, jede Einigung mit dem intervenierenden Dritten unmöglich gemacht würde, und er auf diesem Wege wider seinen Willen gezwungen werden könnte, sich auf einen nach seiner Meinung vielleicht aussichtslosen Prozeß mit dem Dritten einzulassen, um erst nach dessen Beendigung das Zwangsversteigerungsverfahren fortsetzen zu können.

Als entscheidenden Gesichtspunkt hat man hervorgehoben (Jäckel a. a. O. Anm. 1 zu § 23 S. 105 ff. u. Anm. 1 zu § 65 S. 245), daß bei der Annahme einer Wirkung des Einstellungsbeschlusses auf das ganze Verfahren der Beschlagnahme eine Wirkung auch zugunsten der nicht betreibenden Gläubiger beigelegt wird, welche dem § 20 Abs. 1 ZwVG. widerspricht. Dort wird ausdrücklich und mit Vorbedacht bestimmt, daß die Beschlagnahme nur zugunsten des *betreibenden* (und des *beigetretenen*) Gläubigers eintritt. Nur auf diese Gläubiger ist daher auch das Anfechtungsrecht von Veräußerungen, welche der Beschlagnahme zuwiderlaufen, beschränkt. Für die Zulässigkeit einer Ausschließung beweglicher Sachen von der Versteigerung des Grundstücks und einer besonderen Verwertung dieser spricht auch § 65 ZwVG.

IX. Ist hiernach ein Ausschluß bzw. eine gesonderte Einstellung bezüglich des Zubehörs als zulässig zu erachten, so fragt sich weiter: welche Rechtslage ergibt sich aus dieser Anordnung für diejenigen, welche auf das Zubehör Ansprüche erheben, und wie gestaltet sich die Verwertung des Zubehörs?

Bei Beantwortung dieser Fragen wird auseinandergehalten werden müssen, ob die Einstellung oder Aussetzung des Verfahrens auf Grund einer Anordnung des Prozeßgerichts oder der des Vollstreckungsgerichts gemäß § 65 ZwVG. erfolgt ist.

Während bei ersterer ein bei der Zwangsversteigerung nicht beteiligter Dritter Ansprüche auf das Zubehör erhebt, und über die Zugehörigkeit der Pertinenzstücke zur Versteigerungsmasse eine richterliche Entscheidung herbeizuführen bezweckt wird, sofern nicht eine Einigung unter den Beteiligten zustande kommt, handelt es sich bei der Einstellung des Vollstreckungsgerichts nach Maßgabe des § 65 ZwVG. um die Wahrnehmung der Interessen der an der Zwangsversteigerung Beteiligten, um die Erreichung eines höheren Preises.

X. Der Kreis der an dem Einstellungsbeschluß beteiligten Interessenten ist daher auch in beiden Fällen verschieden. Bei der Anordnung der einstweiligen Einstellung des Verfahrens seitens des Prozeßgerichts kommen als Beteiligte bezüglich der Zugehörigkeit der Pertinenzstücke zur Versteigerungsmasse in Frage nur der betreibende Gläubiger und der intervenierende Dritte. Wenn auch nach einer weit verbreiteten Ansicht (RG. Bd. 55 S. 414) die bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothekengläubiger einen etwaigen Ersatzanspruch auf die freigewordenen Pertinenzstücke erheben können und deshalb auch ein rechtliches Interesse an der Zugehörigkeit der Pertinenzstücke zu der Versteigerungsmasse haben, so haben sie doch auf die Feststellung der Masse bei Einleitung der Versteigerung keinen Einfluß, denn die Beschlagnahme wirkt *nur* zugunsten des betreibenden Gläubigers (§ 20 Abs. 1 ZwVG.); deshalb ist auch das Anfechtungsrecht von Veräußerungen, welche der Beschlagnahme zuwiderlaufen, nur dem betreibenden Gläubiger gegeben. Folgeweise muß er auch als passiv legitimiert gelten für Ansprüche, die sich gegen den Bestand der Versteigerungsmasse richten.

XI. Das Verhalten des betreibenden Gläubigers zum intervenierenden Dritten kann sich verschieden gestalten. Im wesentlichen wird hierbei der Wert des Zubehörs in Betracht kommen. Ist dieser Wert ein derartig hoher, daß er auch die Preisbildung für das Grundstück wesentlich beeinflußt oder sogar bestimmt, daß bei Ausscheiden des Zubehörs die Ergebnislosigkeit der Versteigerung zu befürchten ist, so wird der betreibende Gläubiger im eigenen Interesse die Einstellung des ganzen Verfahrens beantragen, um währenddessen den Widerspruch des Dritten, sei es im Prozeßwege, sei es gütlich, beseitigen zu können.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn das streitige Zubehör im Verhältnis zur Hauptsache nur geringwertig ist, oder die Ansprüche des Dritten unbestreitbar sind. In diesen Fällen wird dem betreibenden Gläubiger das Recht nicht abgesprochen werden können, um langwierigen, kostspieligen und zweifelhaften Prozessen zu entgehen, das Zubehör freizugeben, damit dem eingestellten oder aufgehobenen Immobiliarvollstreckungsverfahren Fortgang gegeben werden kann.

In eine mißliche Lage kann der betreibende Gläubiger allerdings dann kommen, wenn er vielleicht nach dem Rang seiner Forderung durch den Wert des Grundstücks völlig gedeckt, ohne Grund den Anspruch des Dritten auf das Zubehör anerkennt oder es zu rechtskräftigem Versäumnisurteil kommen läßt. Hier fragt sich, ob der betreibende Gläubiger, da er schuldhafter- oder fahrlässigerweise die Versteigerungsmasse verringert und dadurch ein Befriedigungsobjekt den ausgefallenen Hypothekengläubigern entzogen hat, von diesen aus § 823 BGB. haftbar gemacht werden kann, sofern man einen derartigen Ersatzanspruch für die ausgefallenen Hypothekengläubiger überhaupt zuläßt. Diese Frage wird nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls zu beantworten sein.

Bleibt das wegen der Zubehörstücke anhängig gemachte Streitverfahren ruhen, so werden diese Sachen, da sie von der Versteigerungsmasse ausgeschlossen worden und im Eigentum des Schuldners verblieben sind, von den ausgefallenen Hypothekengläubigern in Anspruch genommen und von diesen zur Versteigerung gebracht werden können. Sollte der Dritte, welcher sich im Besitze dieser Sachen befindet, deren Herausgabe verweigern, so muß der an erster Stelle ausgefallene Hypothekengläubiger gegen den Dritten auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die ausgeschlossenen Zubehörstücke und ihre Herausgabe an einen von ihm zu beauftragenden Gerichtsvollzieher klagen. Hat niemand von den dinglich Berechtigten einen Ausfall erlitten, sondern sind diese voll zur Hebung gelangt, so kann der Schuldner (Subhastat) seine Ansprüche auf die Zubehörstücke, die in seinem Eigentum verblieben sind, noch geltend machen.

Die im vorstehenden berührte Verfügungsmacht des betreibenden Gläubigers erleidet jedoch eine Beschränkung. Erfolgt die Freigabe der Pertinenz erst nach Schluß der Versteigerung, und sind bereits Gebote zugelassen oder abgegeben, so darf das Vollstreckungsgericht die Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens nicht mehr aussprechen, da damit der Gegenstand, auf den sich die Gebote beziehen, verändert und in das Recht des Erstehers eingegriffen werden würde, sondern es muß, da die bereits abgegebenen Gebote infolge der notwendig gewordenen Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens erlöschen, die Entscheidung auf Versagung des Zuschlags (§ 33 ZwVG.) lauten. Die Versagung wirkt alsdann, wenn die Fortsetzung des Verfahrens zulässig ist, wie eine einstweilige Einstellung, anderenfalls wie die Aufhebung des Verfahrens.

XII. Dem betreibenden Gläubiger steht es frei, innerhalb 6 Monaten die Fortsetzung des Verfahrens zu beantragen. Diesem Antrage ist, ohne daß es eines besonderen Beschlusses auf Fortsetzung bedarf, stattzugeben.

Der betreibende Gläubiger hat allerdings mit dem Antrage auf Fortsetzung des Verfahrens den Nachweis zu führen, daß der Einstellungsbeschluß rechtsunwirksam geworden ist und seine Kraft verloren hat. Es muß ferner feststehen, daß der Antrag nicht so verspätet ist, daß deshalb das Verfahren aufgehoben werden müßte, und daß nach Befriedigung des betreibenden Gläubigers infolge der Verteilung des Grundstückserlöses die Wirkungen der Beschlagnahme erloschen sind. Der durch die besondere Veräußerung erzielte Erlös wird in den Formen und nach den Grundsätzen des Zwangsversteigerungsgesetzes verteilt (vgl. Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 48 S. 475).

XIII. Ist der Ausschluß oder die Aussetzung bezüglich gewisser oder aller Zubehörstücke seitens des Vollstreckungsgerichts gemäß § 65 ZwVG. erfolgt, so gehören die zur Ausführung dieser Anordnung für erforderlich gehaltenen Vollstreckungshandlungen zur Versteigerung im Sinne des § 35 ZwVG. und liegen daher dem Vollstreckungsgerichte ob. Das Vollstreckungsgericht wird, soweit es nicht eine andere Art der Verwertung z. B. mittelst freihändigen Verkaufs durch einen Gerichtsvollzieher oder sonstigen Beauftragten für angemessen erachtet, gemäß § 865 ZPO. als Teil des Immobiliarvollstreckungsverfahrens den Termin zur nachträglichen Versteigerung vor sich selbst anberaumen, wobei der Termin nach dem Ermessen des Gerichts an der Gerichtsstelle oder an einem Orte im Gerichtsbezirk abgehalten werden kann (§ 36 Abs. 3 ZwVG.), wobei die Terminsbestimmung die Bezeichnung der zu versteigernden Gegenstände, Zeit und Ort des Versteigerungstermins, die Angabe, daß die Versteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, enthalten muß (§ 37 Nr. 1, 2, 3 ZwVG.). Die Terminsbestimmung wird gemäß § 40 ZwVG. an der Gerichtstafel anzuheften sein, wobei noch andere und wiederholte Veröffentlichungen vom Gerichte veranlaßt werden können (§ 40 Abs. 1 u. 2 ZwVG.). Die Terminsbestimmung ist den Beteiligten zuzustellen, wobei als Beteiligte auch diejenigen gelten, welche das angemeldete Recht noch glaubhaft zu machen haben (§ 41, Abs. 1 u. 3 ZwVG.)

Für die Ausführung der Versteigerung ist die entsprechende Anwendung der §§ 817, 820,

835 ZPO. vorgeschrieben. Die Hinterlegung des Erlöses ist in Hinblick auf das Verteilungsverfahren erforderlich. Der Erlös tritt zu der Masse und unterliegt den allgemeinen Regeln der Verteilung. Findet die nachträgliche Versteigerung erst nach Abhaltung des Verteilungstermins statt, so erfolgt der Zuschlag an den ersten ausgefallenen Gläubiger, sofern der Erlös nach Abzug der Kosten den für ihn festgestellten Anspruch nicht übersteigt.

XIV. Sind die Voraussetzungen des auf Anordnung des Prozeßgerichts beruhenden Einstellungsbeschlusses erst weggefallen, als das Zwangsversteigerungsverfahren aufgehoben war, oder sind die betreibenden Gläubiger nach Verteilung des Grundstückserlöses befriedigt, so fragt sich, wer die freigewordenen Pertinenzstücke für sich in Anspruch nehmen kann, und wie sich das Verfahren behufs Realisierung dieser Ansprüche gestaltet. Wer als Anspruchsberechtigter anzusehen ist, darüber herrscht in Theorie und Praxis Streit.

Während nach der einen Ansicht als in erster Linie anspruchsberechtigt die ausgefallenen Hypothekengläubiger nach der Reihenfolge ihres Ranges angesehen werden, wird diese Meinung von anderen gerade neuerdings auf das entschiedenste bekämpft.

Die Entscheidung dieser Frage hängt im wesentlichen davon ab, ob die Hypothek gemäß § 1181 BGB. bei Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück schlechthin erlischt, „so daß auch eine selbständige Verfolgung einer zu Recht gelöschten und untergegangenen Hypothek bezüglich beweglicher Sachen, die mit dem Grundstück gehaftet haben, unmöglich“ (vgl. Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 475), oder ob nach § 1181 BGB. ein Erlöschen der Hypothek nur eintrete bei Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück, nicht aber dann Platz greife, wenn bei der Zwangsversteigerung die Hypothek ausfalle, daß ferner die die Hypothek tilgende Wirkung des Zuschlags (§ 91 ZwVG.) nur das hypothekarische Recht, soweit das belastete Grundstück in Frage komme, treffe, nicht aber etwaige mitbelastete Grundstücke, sowie mithaftende, aber nicht versteigerte, bewegliche Gegenstände (Planck, BGB. Anm. 3 c zu § 1181). Aehnlich Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Anm. 4 zu § 1181, welche den § 1181 nur Anwendung finden lassen, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt werde; wenn die Hypothek dagegen ausfalle, so erlösche sie zwar auf dem versteigerten Grundstück (ZwVG. § 91), sie bestehe aber auf den mithaftenden, nicht versteigerten Grundstücken und auf den Gegenständen, auf die sie sich erstrecke (§ 1183 Abs. 3 BGB.), fort. Auch das Reichsgericht hat den gleichen Standpunkt eingenommen in seinem Urteil vom 24. Oktober 1903 (Entsch. Bd. 55 S. 414 ff.).

Es wird nicht verkannt werden können, daß die Hypothek an sich an dem Grundstück bestellt ist, und das Zubehör nur als sein Akzessorium haftet, so daß ein selbständiges Pfandrecht (Korrealhypothek) an den beweglichen Sachen nicht gewollt ist und besteht (vgl. Eccius a. a. O.). Es mag dahingestellt bleiben, ob aus den Grundsätzen des Hypothekenrechts jene fortdauernde Haftung von Pertinenzstücken für ausgefallene Hypothekengläubiger gefolgt werden kann, jedenfalls kommen hier vor allem auch die Grundsätze des Zwangsversteigerungsgesetzes in Betracht.

Man wird davon ausgehen müssen, daß mit der Beschlagnahme des Grundstückes die auf dem Grundstücke befindlichen Pertinenzstücke von den Wirkungen der Beschlagnahme mit ergriffen sind (§ 20 Abs. 1 ZwVG.). Selbst wenn die Gegenstände damals einem anderen als dem Subhastaten rechtlich gehörten, so waren sie, weil ihre räumliche Entfernung von dem Grundstück unterblieben war, den Wirkungen der Versteigerung ausgesetzt. Dadurch hafteten sie bei Einleitung der Zwangsversteigerung auch den Hypothekengläubigern. Da die Zubehörstücke durch richterliche Anordnung von der Versteigerung des Grundstückes und dessen Zuschlag ausgeschlossen waren, konnte auch die tilgende Wirkung des Zuschlags ihnen gegenüber nicht Platz greifen. Insoweit bleibt daher das Hypothekenrecht des ausgefallenen Gläubigers zu Recht bestehen, obwohl im übrigen die Hypothek untergegangen ist.

XV. Das Verfahren behufs Realisierung der Ansprüche des ausgefallenen Hypothekengläubigers auf die ihm verhaftet bleibenden Zubehörstücke gestaltet sich in der Weise, daß der ausgefallene Hypothekengläubiger gegen den der Vollstreckung in die Zubehörstücke widersprechenden Besitzer mit dem Antrage zu klagen hat, die Zwangsvollstreckung in die ausgeschlossenen Pertinenzstücke zu dulden, indem er gleichzeitig den Nachweis seines Ausfalls bei der Immobiliarvollstreckung in Höhe des Wertes des ausgeschlossenen Zubehörs zu führen hat. Dringt er mit dieser Klage durch, so kann er auf Grund des Urteils im Wege der Mobiliarvollstreckung seine Befriedigung aus den Zubehörstücken suchen. Da die Zubehörstücke von der Immobiliarvollstreckung durch richterliche Anordnung ausgeschlossen sind, die Immobiliarvollstreckung im übrigen mit der Verteilung des Grundstückserlöses beendigt ist, so ist hier für eine Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens im Rahmen der Immobiliarvollstreckung kein Raum.

Mitteilungen aus der Praxis.

Die Beschwerde gegen die Anordnung einer Eintragung im Grundbuch. Ist eine Eintragung im Grundbuche vorgenommen worden, so kann im Wege der Beschwerde nur verlangt werden, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 54 GBO. einen Widerspruch einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen; die unmittelbar gegen eine Eintragung gerichtete Beschwerde ist unzulässig (§ 71 II GBO.). Dies letztere gilt aber — und darüber herrscht jetzt wohl Einigkeit — nicht für Eintragungen, sofern und soweit ihnen der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zukommt, z. B. Vormerkungen und Widersprüche; gegen solche kann unmittelbar Beschwerde geführt werden.

Soweit hiernach die Beschwerde gegen eine Eintragung mit dem Ziel ihrer unmittelbaren Beseitigung unzulässig ist, liegt es nahe, nach einem Ersatze für diese Art der Beschwerde zu suchen. Ein solcher würde gefunden sein, wenn es möglich wäre, die unanfechtbare Eintragung dadurch zu verhindern, daß man die ihr zugrunde liegende Eintragungsanordnung im Beschwerdewege beseitigte. Dieser Weg ist denn auch in der Praxis mehrfach begangen worden; man hat dem davon Betroffenen zwar nicht geradezu die Eintragungsanordnung eröffnet, aber man hat ihm bekannt gegeben, daß — etwa nach Ablauf einer Frist — eine bestimmte Eintragung erfolgen werde, um ihm damit die Möglichkeit zu verschaffen, eine ihm günstige Entscheidung des Beschwerdegerichts herbeizuführen (s. dazu Güthe Anm. 7 zu § 71). Aber eine solche Ankündigung einer künftig vorzunehmenden Maßregel ist noch keine Entscheidung im Sinne des § 71 GBO., nämlich keine die Rechtsverhältnisse der Beteiligten unmittelbar regelnde Anordnung; sie ist demnach auch nicht mit der Beschwerde anfechtbar (s. hierzu die ausführliche Begründung bei Predari § 71 Anm. 2 und 14). Die Eintragungsanordnung selbst bekannt zu geben, ist ebenfalls nicht zulässig, wenigstens ist diese Bekanntgabe nicht die einer beschwerdefähigen Entscheidung, denn die Eintragungsanordnung ist keine selbständige, für die Außenwelt bestimmte Willensäußerung des Grundbuchbeamten, sondern nur ein innerer Akt, gleichsam die Willensseite der Eintragung (Mot. S. 110, 49, 92, Predari a. a. O. Anm. 14).

Nun kann aber auch das Beschwerdegericht Eintragungen anordnen, und es fragt sich, ob für diese Anordnungen dasselbe gilt, wie für die des Grundbuchamtes. Hierzu muß zunächst das Wesen der Eintragungsanordnungen des Beschwerdegerichts im Verhältnis zu den Eintragungsanordnungen des Grundbuchamts erörtert werden.

Wenn das Grundbuchamt eine beantragte Eintragung anordnet und ausführt, so befriedigt es damit den prozessualen Anspruch des Antragstellers auf Bewährung seines Rechts (s. m. Abh. in ZBlFG. 4, 189 und Verw.). Eine Verletzung von Rechten einzelner Rechtsträger ist in diesem Falle nur denkbar im Verhältnis zwischen dem Grundbuchamt und einem Dritten, in dessen Rechtskreis das Grundbuchamt durch die Eintragung eingegriffen haben könnte. Auf der anderen Seite kann durch zeitweilige (§ 18 GBO.) oder endgültige Ablehnung der Eintragung, und zwar erst durch die Ablehnung, der Antragsteller oder ein Dritter, der hierdurch in Mitleidenschaft gezogen wird, in seinem Rechte verletzt sein (s. hierzu Predari a. a. O. Anm. 8, a b c). Eine Rechtsverletzung, gegen die Abhilfe gesucht werden kann, liegt in beiden Fällen erst in dem Augenblicke vor, wo das Grundbuchamt seine Tätigkeit endgültig oder bis auf weiteres (§ 18 GBO.) abschließt. Demnach geht die Tätigkeit des Grundbuchamts nicht darauf, einen — noch gar nicht vorhandenen — Konflikt auszugleichen. Wohl aber ist dies die Aufgabe des Beschwerdegerichts; es soll den nach der Behauptung des Beschwerdeführers zwischen seinem Rechte und der Entscheidung des Grundbuchamts bestehenden Widerspruch beseitigen. Zu diesem Zwecke muß entschieden werden, ob die Auffassung des Beschwerdeführers oder des Grundbuchamtes von der Rechtslage die richtige ist. Rein und ohne Beimischung anderer Elemente tritt freilich diese Entscheidung des Konflikts nur dann hervor, wenn die Beschwerdeentscheidung zu Gunsten der Rechtsansicht des Grundbuchamts fällt, weil es in diesem Falle lediglich bei der Entscheidung des Grundbuchamtes verbleibt. Aber auch wenn das Beschwerdegericht eine Eintragung, eine Löschung oder einen Widerspruch (§ 71 II GBO.) anordnet, ist es unerläßlich, daß es sich vorher über die richtige Rechtsauffassung entscheide, nur daß diese Entscheidung alsdann nicht zur selbständigen Erscheinung gelangt. Hiernach enthält auch die Eintragungsanordnung des Beschwerdegerichts, abgesehen von später zu erörternden Ausnahmen, stets ein Element, nämlich die Entscheidung des Konflikts zwischen Beschwerdeführer und Grundbuchamt, das der Eintragungsanordnung des Grundbuchamts naturgemäß fehlt. Es läßt sich also von der ersteren nicht sagen, daß sie nur ein innerer Akt des Beschwerdegerichts, die unmittelbare Willensseite der Eintragung sei. Sie erlangt vielmehr selbständige Existenz nach außen einmal durch die vorgeschriebene Mitteilung an den Beschwerdeführer (§ 77 GBO.), sodann durch die Beauftragung des Grundbuchamts mit der Vornahme der Eintragung. Erst die nunmehr erfolgende Eintragungsanordnung des Grundbuchbeamten ist wieder ein interner und mit einer Entscheidung über einen Konflikt nicht verbundener Akt.

Weil nun die Eintragungsanordnung des Beschwerdegerichts (§ 71 II) selbständig neben der Eintragung selbst steht, deshalb kann sie auch mit der weiteren Beschwerde angefochten werden (§ 78). Und zwar auch dann, wenn die Anordnung schon befolgt, z. B. der nach § 71 II angeordnete Widerspruch schon eingetragen ist. Denn die Überprüfung der im Beschwerdebescheid enthaltenen Konfliktsentscheidung durch das Beschwerdegericht wird damit nicht überflüssig, das Interesse des weitere Beschwerde Führenden damit nicht befriedigt oder erledigt. Eine Anfechtung des eingetragenen Widerspruchs gegenüber dem Grundbuchamt aber müßte an dem Hinweise des Grundbuchamts auf die Anordnung des Beschwerdegerichts, durch die die Maßregel des Grundbuchamts als solche völlig gerechtfertigt wird, scheitern. Denn das Grundbuchamt hat in diesem Falle nur als Organ des Beschwerdegerichts und ohne eigene verantwortliche Entschließung gehandelt; der Wille, der hinter der Eintragung steht und der daher das Ziel des Beschwerdeangriffs sein muß, ist der des Beschwerdegerichts (s. hierzu Predari zu § 78 Anm. 6).

Nun gibt es aber auch Eintragungsanordnungen des Beschwerdegerichts, die keine Konfliktsentscheidung

der oben behandelten Art enthalten. Hierher gehören die auf einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts eingetragenen Vormerkungen und Widersprüche (§ 76 GBO.). Solche Eintragungen werden ja gerade dann und deshalb angeordnet, wenn und weil das Beschwerdegericht in einem dringlichen Falle noch nicht zur Entscheidung darüber gelangen kann, ob der Beschwerdeführer oder das Grundbuchamt im Recht ist. Die solche Eintragungen anordnenden Entschließungen sind demnach den Eintragungsanordnungen des Grundbuchamts gleichwertig und von ihnen nur dadurch verschieden, daß ihre Ausführung durch das Grundbuchamt vermittelt wird und daß ihr Zweck ein vorübergehender ist, was aber beides außerhalb der eigentlichen Eintragungsanordnung liegt. Solche Anordnungen haben deshalb keine selbständige Bedeutung neben der Eintragung und sind schon aus diesem Grunde der Beschwerde unzugänglich. Daß auch die Eintragung selbst der Beschwerde nicht unterliegt, darüber s. Predari zu § 71 Anm. 14 Abs. 2.

Nach dem Gesagten ist Beschwerde gegen Eintragungsanordnungen überhaupt nur dann zulässig, wenn diese auf einer selbständigen Entscheidung eines vorausgegangenen Konflikts beruhen, also nur gegen die gemäß § 71 II ergehenden Eintragungsanordnungen des Beschwerdegerichts, nicht gegen die nach § 76 ergehenden und die des Grundbuchamts. Soweit sie aber hiernach zulässig ist, also als weitere Beschwerde, reicht sie auch aus, wenn die angeordnete Eintragung schon vorgenommen ist; das Gericht der weiteren Beschwerde hat alsdann auch diejenigen Anordnungen zu treffen, die sich angesichts der bereits erfolgten Eintragung etwa nötig machen (§§ 76, 80 Abs. 3 GBO.). Auch aus diesen Gründen kann die bei Predari zu § 78 unter 6 bekämpfte Ansicht Güthes, es müsse in solchem Falle zunächst die Eintragung eines Widerspruchs gegen eine bereits anordnungsgemäß vorgenommene Löschung beim Grundbuchamte beantragt und gegebenen Falles im Beschwerdewege verfolgt werden, nicht gebilligt werden. Daß auch der weitern Beschwerde die Grenzen des § 71 II gezogen sind, daß also die weitere Beschwerde gegen die bereits ausgeführte Eintragungsanordnung des Beschwerdegerichts auch nur zu nach § 71 II zulässigen Maßregeln führen kann, bedarf kaum der Erwähnung.

Landrichter du Chesne in Leipzig.

Zu Art. 178 des bayer. Gebührengesetzes. Die Bauerseheleute X. hatten mit notarieller Urkunde im Jahre 1901 ihrem Sohne Joseph X. mit Rücksicht auf eine diesem in Aussicht stehende Ehe mit Anna N. ihr Anwesen gegen einen bar zu zahlenden Uebergabschilling von 13000 Mk. übergeben. Zugleich vereinbarte Joseph X. in einem Ehe- und Erbvertrage mit seiner Braut allgemeine Gütergemeinschaft. Anna N. versprach, ein bares Vermögen von 10000 Mk. in die Ehe zu bringen. Hinsichtlich der Zahlung des Uebergabspreises, die zum Teil aus dem Vermögen der Braut erfolgen sollte, wurde bestimmt, daß 5000 Mk. sofort am Hochzeitstage, 5000 Mk. ein Vierteljahr darnach zu zahlen seien, während der Rest zu 3000 Mk. verzinslich auf vierteljährliche Kündigung gestundet wurde. Die Ehe des Joseph X. mit Anna N. kam nicht zustande. Im Jahre 1906 schloß Joseph X. einen Ehe- und Erbvertrag mit Maria M.; es wurde gleichfalls allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und das bare Eheeinbringen der Braut mit 6000 Mk. benannt; am gleichen Tage ließen die Eheleute X. und Joseph X. einen „Nachtrag" zum Uebergabsvertrage von 1901 beurkunden, wornach nun der von Joseph X. an seine Eltern zu zahlende Uebergabschilling nicht mehr 13000 Mk., sondern nur mehr 12000 Mk. betragen sollte, und zwar sollten 6000 Mk. (Betrag des Barvermögens der Marie M.) am demnächstigen Hochzeitstage von Joseph X. und Maria M., spätestens aber binnen 3 Monaten nach dem neuerlichen Beurkundungstage bar zu leisten sein, die weiteren 6000 Mk. aber unverzinslich auf vierteljährliche Kündigung gestundet werden.

Bei der Berechnung der Staatsgebühren für diesen Nachtrag war die Frage zu entscheiden, ob es sich — neben einem Schulderlaß zu 1000 Mk. — bloß um die Abänderung der Zins- und Zahlungsbestimmungen einer auf einer schon bewerteten Urkunde beruhenden Anwesenskaufpreisschuld zu 12000 Mk., somit um eine Verhandlung im Sinne des Art. 178 Abs. 1 des Gesetzes über das Gebührenwesen handle, oder um ein neues selbständiges Rechtsgeschäft gleichen Inhalts (Art. 178 Abs. 2 u. 145 GebG.). Aehnliche Fälle kommen in Gegenden mit überwiegend bäuerlicher Bevölkerung nicht allzu selten vor. Uebergabsverträge werden nahezu immer unter der stillschweigenden, von den Beteiligten als selbstverständlich vorausgesetzten Bedingung geschlossen, daß die beabsichtigte Ehe auch wirklich zustande kommt. Jedoch wird in der Urkunde diese Bedingung vielfach nicht zum Ausdruck gebracht. Die Verträge werden aber zumeist mit Rücksicht darauf geschlossen, daß eine als zahlungsfähig bekannte Person — die bei der Beurkundung allerdings formell nicht als Beteiligte auftritt — einen Barbetrag zur Verfügung zu stellen verspricht, welcher dem alsbald bar zu zahlenden Teile des Uebergabspreises der Höhe nach gleichkommt. Der Ehe- und Erbvertrag, den die Brautleute regelmäßig gleichzeitig mit dem Uebergabsvertrag eingehen, steht mit diesem in innerem Zusammenhang: er soll dem Bräutigam für den Fall des Zustandekommens der Ehe die Gewähr dafür geben, daß er seiner Verpflichtung genügen kann, und das zukünftige Gesamtgut der Haftung für die von dem Uebernehmer eingegangene Verbindlichkeit unterwerfen.

In dem oben dargestellten Fall war die Braut, auf deren Vermögen es abgesehen war, und deren Mittel für die Festsetzung des Uebergabspreises maßgebend gewesen waren, bei der zweiten Urkunde eine andere als bei der ersten. Der erste Vertrag war in Ansehung der Vereinbarung über den Uebergabspreis und der Zahlungsbedingungen vermöge des Ausfalls der stillschweigend gesetzten Bedingung hinfällig geworden, und die Beteiligten gingen zweifellos davon aus, daß sie an ihn in dieser Hinsicht nicht mehr gebunden seien. Mit dem Auftauchen der zweiten Braut reifte in ihren Köpfen der Gedanke eines neuen Vertrags. Dieser war sonach nach Art. 178 Abs. 2 und 145 zu bewerten.

Notar Schätz in Uffenheim.

Festsetzung des Streitwertes. Einfluß des Verzichtes des Klägers auf einen Teil der Streitsumme. In der Klage ist behauptet, Beklagter habe sich gegen eine zugunsten der Klagepartei eingegangene Verpflichtung verfehlt, der Klagepartei keine Konkurrenz

zu machen, und hierdurch eine Konventionalstrafe von 500 000 Mk. verwirkt; verlangt werden 20 000 Mk. Konventionalstrafe unter Vorbehalt aller weiteren Ansprüche. Seitens des Beklagten wurde Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die Vereinbarung über die Konventionalstrafe nichtig sei. In erster Instanz ist die Klage als unbegründet abgewiesen und der Widerklage unter Kostenpflicht des Klägers stattgegeben worden. Durch Beschluß des Landgerichts München I vom 2. Juli 1906 wurde der Streitwert bezüglich der Klage und Widerklage auf 500 000 Mk. festgesetzt. Gegen diesen Beschluß hat Kläger Beschwerde eingelegt und dessen Aufhebung, sowie Festsetzung des Streitwertes auf 20 000 Mk. beantragt, mit der Begründung, er fordere vom Beklagten nicht mehr als 20 000 Mk. Konventionalstrafe und verzichte unter allen Umständen auf jeden höheren Betrag. Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluß vom 1. Oktober 1906 die Beschwerde zurückgewiesen und dazu folgendes ausgeführt: Der Wert des Streitgegenstandes der Widerklage ist zweifellos 500 000 Mk., weil so hoch das Interesse des Widerklägers an der Feststellung der Nichtigkeit der Vereinbarung über die Konventionalstrafe ist. Für die Wertsberechnung hinsichtlich der Widerklage ist aber nach § 4 ZPO. der Zeitpunkt ihrer Erhebung maßgebend; daher ist es belanglos, wenn jetzt, nachdem die Widerklage bereits für den ganzen ursprünglichen Interessebetrag des Widerklägers erhoben und der Prozeß auf dieser Grundlage in erster Instanz beendet ist, der Kläger eine das Interesse des Widerklägers an dem Streitwert vielleicht für die Zukunft mindernde Verzichtserklärung abgegeben hat.

Landgerichtssekretär Schumann in München.

Die Formulare für Zahlungsbefehle. Von dem Schuldner wird häufig gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch eingelegt, ohne daß der Schuldner in der mündlichen Verhandlung gegen den Anspruch irgendwelche Einwendungen zu erheben vermag. Vielfach beruht der Widerspruch des Schuldners auf dem Wunsche, durch Verzögerung des Verfahrens Zeit zur Begleichung der Schuld zu gewinnen; zuweilen beabsichtigt der Schuldner wohl auch, schikanöserweise seinem Gläubiger unnötige Kosten zu verursachen. Nicht selten wird aber auch der Widerspruch lediglich durch die Fassung der in Bayern und in den meisten übrigen deutschen Bundesstaaten zur Verwendung kommenden Zahlungsbefehlsformulare veranlaßt.

Das bayerische Formular (vorgeschrieben durch Bek. d. JustM. v. 30. September 1901 § 68 mit Anlage 8a. JMBl. 1902 S. 1) erläßt an den Schuldner den Befehl, „binnen einer einwöchentlichen Frist bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger zu befriedigen, oder bei dem Gerichte schriftlich oder mündlich Widerspruch zu erheben". Dieselbe Fassung weisen das preußische, badische und württembergische Formular für Zahlungsbefehle auf.

Diese Fassung ist geeignet, beim Schuldner die Meinung hervorzurufen, es bestehe für ihn die Verpflichtung, entweder den Gläubiger zu befriedigen, oder Widerspruch zu erheben. Ist er zu ersterem nicht imstande, so tut er das letztere und glaubt, damit der ausdrücklichen Aufforderung des Gerichtes zu entsprechen.

Deshalb erscheint es angezeigt, in Abweichung von der Ausdrucksweise des Gesetzes eine etwas ausführlichere, dafür aber populäre Anweisung an den Schuldner zu erteilen. Als vorbildlich kann in dieser Beziehung das von den meisten schweizerischen Kantonen benutzte Zahlungsbefehlsformular bezeichnet werden. Dieses faßt nicht die ganze Zahlungsaufforderung einschließlich der Gesetzesbelehrung in einen einzigen, dem Laien überhaupt erst nach eingehendem Studium verständlichen Satz zusammen. Es wird zuerst der Name des Schuldners, sodann der des Gläubigers, dann die Forderung und endlich der Forderungsgrund in übersichtlicher Weise angegeben. Sodann folgt die Aufforderung an den Schuldner, binnen gesetzlicher Frist nach Zustellung des Zahlungsbefehls den Gläubiger für obige Forderung samt Betreibungskosten zu befriedigen. In einem neuen Absatze folgt die Rechtsbelehrung: „Will der Schuldner die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten, so hat er dies innerhalb der gesetzlichen Frist nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamte mündlich oder schriftlich zu erklären." In einem dritten Absatze heißt es endlich: „Sollte der Schuldner weder diesem Zahlungsbefehle nachkommen, noch Rechtsvorschlag erheben, so wird auf Verlangen des Gläubigers die Betreibung ihren Fortgang nehmen." Auf der Rückseite des Zahlungsbefehles sind dann die gesetzlichen Vorschriften, welche das Mahnverfahren betreffen, wörtlich abgedruckt.

Der Empfänger eines solchen Zahlungsbefehles sieht aus dem Schriftstücke sofort, daß er nicht etwa vor die Alternative gestellt ist, entweder zu bezahlen, oder Widerspruch einzulegen, sondern daß der Widerspruch nur dann angezeigt ist, wenn die Forderung oder die Zulässigkeit des Mahnverfahrens bestritten werden will. Auch für den in gerichtlichen Dingen unerfahrenen Gläubiger ist die angegebene ausführliche Formulierung des Zahlungsbefehls dienlich, da sie ihn der Notwendigkeit enthebt, bei Gericht oder einem Rechtskundigen über das weitere von ihm zu beobachtende Verfahren Belehrung zu suchen.

Rechtsanwalt Dr. Orthal in Nürnberg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 171, 172 HGB. Durch notariellen Vertrag vom 15. September 1898 ist der Beklagte vom 1. Oktober 1898 ab als Kommanditist mit einer Einlage von 300 000 Mk. in das Geschäft des Kaufmanns Z. eingetreten. Nach § 3 des Vertrages sollte die Einlage des Beklagten bei dessen Austritt aus der Gesellschaft bar zurückgezahlt und durch eine erststellige Hypothek auf sämtlichen Grundstücken des Z. — die er in die Gesellschaft einbrachte — sichergestellt werden. Diese Vertragsbestimmung wurde ausgeführt. Mit der Kommanditgesellschaft ist dann der Kläger in Geschäftsverbindung getreten. Am 6. August 1902 hat er sich von ihr eine Sicherungshypothek von 450 000 Mk. an ihren sämtlichen Liegenschaften bestellen lassen, die am 26. August 1902 unmittelbar hinter der Hypothek des Beklagten eingetragen worden

ist, zugleich mit der Vormerkung, daß die Hypothek des Beklagten bei erfolgender Zahlung gelöscht werden müsse, wozu am 19. Mai 1905 weiter vorgemerkt ist, daß das auch geschehen müsse, wenn sie ungültig sein oder sonst zur Eigentümerhypothek werden sollte. Aus der Geschäftsverbindung steht dem Kläger laut vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses vom 23. Juli 1904 eine Forderung von 622308 Mk. gegen die Gesellschaft zu. Am 27. Juni 1905 hat Kläger die Einleitung der Zwangsversteigerung der Grundstücke erwirkt. Gegen Z. ist das Konkursverfahren eröffnet. Die Gesellschaft ist infolge der Kündigung des Beklagten am 1. Juli 1905 aufgelöst worden und befindet sich in Liquidation. In der vom 27. Juni 1905 datierten Klage hat nun der Kläger beantragt, den Beklagten zur Löschung seiner Hypothek, event. ihn zu verurteilen, entweder die Hypothek solange nicht geltend zu machen, auch nicht in dem Zwangsversteigerungsverfahren, als nicht Kläger wegen seiner sämtlichen Forderungen gegen die Gesellschaft befriedigt sei, oder darin zu willigen, daß die auf seine Hypothek in der Zwangsversteigerung entfallenden Beträge an den Kläger ausgezahlt werden. Die Klage ist darauf gestützt, daß der Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung der Kommanditisteneinlage besitze und daher die ihm eingeräumte Hypothek mangels einer zugrunde liegenden Forderung nichtig sei, daß sie eine verbotene Rückzahlung der Einlage enthalte und darum wenigstens dem Kläger als Gesellschaftsgläubiger gegenüber der Wirksamkeit entbehre und jedenfalls im Zwangsversteigerungsverfahren nicht vor der Hypothek des Klägers geltend gemacht werden dürfe. — Gleichzeitig beantragte der Kläger den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Grundbücher. Das Landgericht und Oberlandesgericht haben nun, unter Abweisung des weitergehenden Klaganspruchs, den Beklagten nach dem Eventualantrage verurteilt, seine Hypothek so lange — auch in der Zwangsversteigerung — nicht geltend zu machen, als nicht der Kläger für seine sämtlichen Ansprüche gegen die Gesellschaft vollständig befriedigt sei. Zugleich ist eine einstweilige Verfügung dahin erlassen worden, daß zur Sicherung dieses Anspruchs eine Vormerkung in den Grundbüchern einzutragen sei.

Aus den Gründen: Es kann keinem Bedenken unterliegen und wird auch von der Revision nicht bemängelt, daß der Berufungsrichter die — übrigens mit dem alten Handelsgesetzbuche Art. 165 übereinstimmenden — Vorschriften des neuen HGB. in § 172 Abs. 4 und 171 Abs. 1 auf den vorliegenden Fall angewendet hat, wonach die Einlage des Kommanditisten, soweit sie zurückgezahlt wird, den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet gilt, und weiter, der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar haftet. Der Berufungsrichter findet nun in der Sicherung der Einlage des Beklagten durch eine Hypothek am Gesellschaftsvermögen eine Rückzahlung der Einlage im Sinne des § 172 Abs. 4 — und auch dies wird von der Revision nicht beanstandet, muß auch als richtig anerkannt werden. Dagegen bestreitet die Revision die Richtigkeit der daraus vom Berufungsrichter abgeleiteten Folgerung, daß der Beklagte die Hypothek dem Kläger gegenüber nicht geltend machen dürfe,' bis dieser für seine Forderungen gegen die Kommanditgesellschaft befriedigt worden sei. Der Berufungsrichter begründet jene Folgerung damit, daß wenn das Gesetz dem Kommanditisten nicht gestatte, den Gläubigern der Gesellschaft den Betrag seiner Einlage durch eine Hypothek zu entziehen, die Hypothek ihres rechtlichen Inhalts entbehre und daher den Gläubigern gegenüber überhaupt keine Wirkung äußern könne. Die Revision wendet ein: nach dem Gesetze solle nur die Einlage, soweit zurückgezahlt, als nicht geleistet angesehen werden und der Kommanditist insoweit den Gläubigern unmittelbar haften, die Gläubiger dürften daher nur diese Haftung geltend machen, dagegen nicht die Hypothek angreifen. Dies kann jedoch bei der gegebenen Sachlage um deswillen nicht für durchschlagend erachtet werden, weil das, wozu der Beklagte verurteilt worden ist, einer Verurteilung zur Zahlung auf Grund seiner unmittelbaren Haftung gleichkommt, und der Beklagte jedenfalls kein Interesse daran hat, unmittelbar zur Zahlung an den Kläger in Höhe von 300000 Mk. anstatt zur Duldung einer Befriedigung des Klägers in dieser Höhe aus seiner, des Beklagten, Hypothek verurteilt zu werden. Müßte er bar zahlen und behielte die Hypothek, so erhöhte sich seine Einlage tatsächlich auf 600000 Mk. und dann bliebe er nur für 300000 Mk. gedeckt, während ihm jetzt zwar diese Deckung entzogen, dagegen keine weitere Zahlung angesonnen wird. Dieser Angriff kann daher nicht für begründet erachtet werden. (Urt. v. 11. Juli 1906. V 14/06). **Kr.**

652

II.

Zu § 313 BGB. Die Beklagten haben ein Grundstück, das mit einer Hypothek von 4000 Mk. belastet ist, mittels ortsgerichtlichen Vertrages vom 12. April 1901, bestätigt durch Beschluß des Amtsgerichts G., an den Kläger für 6000 Mk., über die als bezahlt quittiert ist, verkauft. Im gegenwärtigen Prozeß streiten die Parteien, ob der Verkauf mit oder ohne Uebernahme der erwähnten Hypothek, bezüglich deren es im amtsgerichtlichen Bestätigungsbeschluß heißt, daß sie „vorbehalten bleibt", stattgefunden hat. Kläger verlangt Wegschaffung der Hypothek und hat mit dem Antrage geklagt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die Löschung der Hypothek herbeizuführen, event. 4000 Mk. zu zahlen, während die Beklagten Abweisung der Klage beantragt haben.

Aus den Gründen: Der Kläger hat in dem ganzen Verlaufe des Prozesses, ungeachtet der dagegen von den Beklagten erhobenen Einwendungen, seine Klage darauf gestützt, daß ein Kaufvertrag vorliege, aus dem nach § 439 Abs. 2 BGB. ohne weiteres sich die Verpflichtung der Beklagten ergebe, die streitige Hypothek von 4000 Mk., die er, der Kläger, nicht übernommen habe, wegzuschaffen. Andererseits hat Kläger zugeben müssen, daß die Kaufvertragsbestimmungen in der Urkunde vom 12. April 1901 insofern unrichtig niedergeschrieben seien, als der dort auf 6000 Mk. angegebene Kaufpreis in Wahrheit 7300 Mk. betragen habe. Darnach ist ein wesentlicher Bestandteil eines auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichteten Vertrages — die Höhe der für die Grundstücksübereignung zu entrichtenden Gegenleistung — nicht in der durch § 313 BGB. vorgesehenen Form beurkundet worden und dies muß, wie das Reichsgericht bereits wiederholt in gleichartig liegenden Fällen ausgesprochen hat, gemäß § 125 BGB. die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen. Eine Heilung des Formmangels nach § 313 Satz 2 BGB. kann nicht in Frage kommen, da die Uebertragung des Eigentums nicht durch Auflassung, sondern noch in den Formen des Großherzoglich Hessischen Gesetzes vom 21. Februar 1852 (Reh-Hoyer-Gros Gesetzsamml. Bd. 1 S. 305) stattgefunden hat. Unter diesen Umständen bedurfte es weder eines Eingehens auf die weiteren, die Sache selbst betreffenden Revisionsangriffe, noch auch einer Entscheidung der Frage, ob nicht das Formerfordernis des § 313 BGB. für den Vertrag vom 12. April 1901 selbst dann gelten müßte, wenn er gemäß den Angaben der Beklagten als Auseinandersetzungsvertrag aufzufassen wäre. Vielmehr war, da mit der Nichtigkeit des ganzen Vertrages auch der daraus hergeleitete Anspruch auf Wegschaffung der Hypothek von 4000 Mk. sich als hinfällig darstellt, die Klage, wie geschehen, gänzlich abzuweisen. (Urt. v. 11. Juli 1906. V 577/05). **Kr.**

651

B. Strafsachen.

I.

1. Strafprozeß- und Justizverwaltungsbeschwerde nach § 170 StPO. 2. Recht der Ehefrau auf Sicherstellung (§ 241 KO.).

1. Die Revision rügte, daß der Staatsanwalt vom Oberstaatsanwalte mit der Erhebung der öffentlichen Klage beauftragt worden sei, obwohl die Verletzte die Beschwerde gegen die Einstellung des Verfahrens verspätet angebracht habe. Die Rüge wurde zurückgewiesen. Allerdings hatte die Verletzte bei ihrer Beschwerde die Frist des § 170 StPO. versäumt und dadurch das Recht verloren, gegebenenfalls gegen einen weiteren ablehnenden Bescheid auf gerichtliche Entscheidung anzutragen. Allein diese Vorschrift regelt nur das Verfahren für die Rechtsbeschwerde nach Maßgabe der StPO. und gewinnt ihre praktische Bedeutung nur, wenn gegenüber einem weitern ablehnenden Bescheide das Gericht angerufen werden soll; sie läßt aber das aus §§ 147, 148 GVG. fließende Recht des vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft unberührt, die nachgeordneten Dienststellen jederzeit mit der erforderlichen Weisung zu versehen.

2. Der Ehefrau des Angeklagten stand gegen diesen eine Forderung von 4500 Mk. zu, die sich zusammensetzte auf 1500 Mk. Eheeinlagen und 3000 Mk., die sie später von ihren Eltern erhalten und ihrem Manne zu geschäftlichen Zwecken bedingungslos gegeben hatte. Zur Sicherung für diese Forderung trat der Angeklagte seiner Frau eine Kaufgeldrestforderung von 7500 Mk. ab. Er soll sich dadurch des Vergehens gegen § 241 KO. schuldig gemacht haben, weil nach der Annahme des Gerichts seine Frau gegen ihn keinen Anspruch auf Sicherung hatte. Maßgebend sind die Vorschriften des BGB. über das gesetzliche Güterrecht. Nach § 1363 a. a. O. wird das Vermögen der Frau durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (eingebrachtes Gut); zum eingebrachten Gute gehört auch das Vermögen, das die Frau während der Ehe erwirbt. Der § 1391 regelt die Frage, wann die Frau von dem Manne in Ansehung des eingebrachten Gutes Sicherheitsleistung verlangen kann. Ob die Voraussetzungen des § 1391 Abs. 1 gegeben sind, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls findet § 1391 Abs. 2 Anwendung. Denn es wird als erwiesen angesehen, daß sich der Angeklagte im Zustande der Zahlungsunfähigkeit also im Vermögensverfalle befand. Eine erhebliche Gefährdung des Anspruchs der Ehefrau dürfte deshalb nicht in Zweifel zu ziehen sein. Die Verpflichtung des Angeklagten zur Sicherheitsleistung unterliegt demnach keinem Bedenken (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 60 S. 182). (Urt. des V. StS. vom 12. Juni 1906, 5 D. 190/06).

590 ———e—

II.

§ 214 StPO. Unterlassung der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses unschädlich. Gründe: Wenn auch der Eröffnungsbeschluß vom 4. Mai 1906 wegen Beleidigung dem Beschwerdeführer vor der Hauptverhandlung nicht gestellt wurde, so war ihm doch die Anklageschrift vom 6. Februar 1906 am 14. Februar 1906 zugestellt und ihm so die Möglichkeit gegeben, seine Verteidigung vorzubereiten. In der Hauptverhandlung vom 18. Mai 1906 wurde der Eröffnungsbeschluß verlesen und zum Gegenstand der Verhandlung gemacht. Es stand dem Angeklagten frei, unter Bezugnahme auf § 214 StPO. eine Aussetzung der Verhandlung herbeizuführen. Unterließ er dies, so gab er zu erkennen, daß er die ihm bekannte unterbliebene Zustellung des Eröffnungsbeschlusses als ein Erschwernis oder Hindernis, sich auf die erhobene Beschuldigung zu äußern, nicht empfunden habe und deshalb auf die nachträgliche Zustellung verzichte. (Urt. vom 13. August 1906; 3 D 793/06.) Kr.

642

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Auch in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht dem untergeordneten Gericht ein Recht der Beschwerde gegen die Entscheidung des oberen Gerichts nicht zu. (FGG. §§ 19, 20, 27.) Der am 2. Februar 1906 zu Sch. verstorbene Privatier N., der seine zweite Frau Katharina und zwei minderjährige Kinder seiner erstehelichen Tochter M., Johann und Michael Sch. in N., hinterließ, hatte mit seiner Frau ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament errichtet. Das Testament wurde am 14. Februar 1906 vom Amtsgericht Sch. als Nachlaßgericht in Anwesenheit des Johann Sch. als gesetzlichen Vertreters seiner Kinder eröffnet. Die Verfügungen des Konrad N., der seine Frau als alleinige Erbin eingesetzt und bestimmt hatte, daß seine Enkel nach dem Tode seiner Frau von dem dann noch vorhandenen Gesamtvermögen, mit Ausnahme der Einrichtungsgegenstände, die Hälfte erhalten sollen, wurden verkündet, worauf Johann Sch. sich seine Erklärung vorbehielt. Nachdem das Testament sodann der Witwe N. zur Durchsicht vorgelegt worden war, wurde von den Verfügungen des Erblassers N. eine beglaubigte Abschrift angefertigt, hierauf das Testament wieder verschlossen und, entsprechend dem Antrage der Katharina N., dem Notariat Sch. zur Verwahrung übergeben. Da der Vater Johann Sch. Zweifel darüber hegte, ob die Erklärung des Konrad N. und die Orts- und Zeitangabe von dem Erblasser eigenhändig geschrieben seien, beantragte er bei dem Nachlaßgerichte, das Testament wieder zu eröffnen, um ihm die Abgabe einer endgültigen Erklärung über die Anerkennung zu ermöglichen. Der Antrag wurde abgelehnt und die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Hierauf wendete sich das Amtsgericht N. als Vormundschaftsgericht mit dem gleichen Antrag an das Nachlaßgericht, dieses lehnte die Wiedereröffnung des Testaments abermals ab, auf Beschwerde des Vormundschaftsgerichts wies aber das Landgericht N. das Nachlaßgericht an, das Testament aus dem Gewahrsam des Notariats Sch. zu erholen, wieder zu eröffnen, und sodann samt den Akten dem Vormundschaftsgerichte zur Einsichtnahme zu übersenden. Das Amtsgericht Sch. als Nachlaßgericht hat weitere Beschwerde eingelegt. Es sucht darzulegen, daß dem Vormundschaftsgerichte das Recht, von dem Testamente Einsicht zu nehmen, nicht zustehe. Die weitere Beschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Gründe: Das Nachlaßgericht hat in den zu seiner Zuständigkeit gehörenden Angelegenheiten nur die Rechte, die sich aus seiner Amtspflicht ergeben. Wird eine von ihm getroffene Verfügung mit Erfolg angefochten, so ist es Sache der Beteiligten, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts die weitere Beschwerde einzulegen; beruhigen sie sich bei ihr, so hat es dabei sein Bewenden. Das Nachlaßgericht hat die Entscheidung des im Instanzenzuge höheren Gerichts seinem weiteren Verfahren zugrunde zu legen, gleichviel ob es sie billigt oder glaubt, daß sie auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Nur gänzliche Verkennung der Bedeutung des Instanzenzuges konnte das Nachlaßgericht auf den Gedanken bringen, daß ihm die Befugnis zustehe, die Entscheidung des höheren Gerichts mit weiterer Beschwerde anzufechten. (Beschluß vom 9. Juni 1906 [I. ZS.] Reg. III Nr. 33/06.)

Bemerkung des Einsenders: Ein Beschwerderecht der Behörde ist in den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. insoweit anzuerkennen, als die betreffende selbständige, d. h. von dem Willen der Beteiligten unabhängige Tätigkeit der Behörde

in deren amtlichen Pflichtenkreis fällt. Dieser Grundsatz läßt sich aus den bisher in Ansehung der Frage eines solchen Beschwerderechts erlassenen Entscheidungen der Obergerichte ableiten. (S. RJA. Entsch. I S. 87, II, 158, IV, 84, ObLG. S. 2 S. 581, 6, S. 714; Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 99, 103, 298; Bl. f. RA. 71 S. 425.) Der Fall, daß das Untergericht seine Rechtsansicht der davon abweichenden des Obergerichts gegenüber in der nämlichen Angelegenheit im weiteren Verfahren zur Geltung zu bringen suchte, was man sehr zutreffend als „gänzliche Verkennung der Bedeutung des Instanzenzuges" charakterisieren darf, steht übrigens nicht vereinzelt da, s. z. B. diese Zeitschrift Bd. 1 S. 154 u. Bd. 2 S. 141; vgl. auch von der Pfordten, Komm. zum ZwVG. Bem. 5 zu §§ 95, 96. K.

635

II.

Zu § 36 GBO. Kann die Vorlegung der dort bezeichneten Urkunden dadurch ersetzt werden, daß der Notar bestätigt, die Erbfolge sei auf Grund der Nachlaßakten nachgewiesen? Zu Urkunde des Notariats Tr. (Oberbayern) vom 25. Juni 1906 stellte die Witwe K. R. an das AG. M. (Oberbayern) den Antrag, den Hälfteanteil ihres verstorbenen Mannes an mehreren Grundstücken auf sie als Alleineigentümerin umzuschreiben und bewilligte zugleich einige Eintragungen. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragungen ab, weil der Nachweis der Erbfolge der Antragstellerin nicht durch Vorlegung der Urkunde über den von ihr mit dem Manne geschlossenen Erbvertrag und des Protokolls über die Eröffnung oder beglaubigter Abschriften dieser Urkunden erbracht sei. Die Beschwerde und die weitere Beschwerde blieben erfolglos. Letztere wurde mit der Behauptung begründet, es handle sich hier nicht darum, durch welche Urkunden der Nachweis der Erbfolge zu führen ist, sondern darum, ob die Vorlegung der im § 36 GBO. bezeichneten Urkunden dadurch ersetzt werden kann, daß der Notar den Inhalt der ihm vorliegenden nach § 36 erforderlichen Urkunden amtlich feststellt und die Urkunde hierüber dem Grundbuchamte vorlegt. Diese Vorschrift sei nicht ausschließlich nach § 36, sondern auch nach § 29 GBO. zu entscheiden. Die von den Vorinstanzen dem § 36 gegebene Auslegung würde dazu führen, daß die Vorlegung des Erbscheins usw. auch dann erforderlich wäre, wenn die Erbfolge des Antragstellers beim Grundbuchamt offenkundig wäre. Auch würde dann die Zulässigkeit des § 527 DA. f. d. GBÄ. zu bezweifeln sein.

Aus den Gründen: Zuzugeben ist, daß die Vorlegung der im § 36 bezeichneten Urkunden entbehrlich ist, wenn in der notariellen Urkunde die Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich mit rechtlicher Notwendigkeit die Erbfolge des Antragstellers ergibt. Dazu wird aber mehr erfordert, als die bloße Angabe, daß „die Erbfolge auf Grund der Nachlaßakten nachgewiesen sei". Diese Art der Feststellung enthält nur eine rechtliche Schlußfolgerung, eine Beurteilung des Rechtsverhältnisses durch den Notar auf Grund von Akten. Das Grundbuchamt muß aber prüfen, ob die in der Urkunde festgestellten Tatsachen die Schlußfolgerung des Notars rechtfertigen. Die Vorlegung der im § 36 erwähnten Urkunden ist ferner dann nicht erforderlich, wenn die Erbfolge des Antragstellers beim Grundbuchamt offenkundig ist. Die Offenkundigkeit kann auch dadurch herbeigeführt werden, daß der Antragsteller auf Akten hinweist, die sich bei dem Amtsgericht befinden, bei dem das Grundbuch geführt wird. Von diesem Gesichtspunkt geht auch § 528 I der DA. f. d. GBÄ. aus. Keine dieser Voraussetzungen trifft aber hier zu. Die Entscheidung des ObLG. vom 23. März 1905 (N. F. Bd. 6 S. 212 ff.) läßt sich zur Begründung der weiteren Beschwerde nicht verwenden, da auch in ihr anerkannt ist, daß die Feststellung des Notars sich auf den Inhalt der Vollmachtsurkunde beziehen muß (Beschluß des Ferien-Zivilsenats vom 27. Aug. 1906).

628 — — — n.

Oberlandesgericht München.

I.

Die Gebühr im Falle der § 144 ZwVG. nach Art. 9 des GebG. in der Fassung vom 11. Nov. 1899. In einem Zwangsversteigerungsverfahren nach dem ZwVG. vom 24. März 1897 hat der Ansteigerer Antrag gestellt, von der Einleitung des gerichtlichen Verteilungsverfahrens abzusehen (§ 144 ZwVG.). Der Gerichtsschreiber hat folgende Gebühren zu Soll gestellt: eine 5/10-Gebühr nach Art 9 Ziff. 1 GebG. (für das Verfahren bis zur Einleitung des Verteilungsverfahrens) und eine 3/10-Gebühr nach Art. 9 Ziff. 2 GebG. Gegen den Ansatz der letzteren Gebühr hat der Ansteigerer zum Vollstreckungsgericht „Erinnerungen" erhoben, weil ein Verteilungsverfahren überhaupt noch nicht eingeleitet worden sei. Das Vollstreckungsgericht hat unter Billigung dieses Grundes den Erinnerungen des Ansteigerers stattgegeben und gebührenfrei die 3/10-Gebühr „niedergeschlagen". Auf Beschwerde der Regierung von Oberbayern, K. d. F., hat das Landgericht München I unter Aufhebung des erstrichterlichen Beschlusses „die Erinnerungen des Ansteigerers" gegen den Ansatz der 3/10-Gebühr „als unbegründet" kostenfällig zurückgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: Die Beschwerde ist nach § 4 GKG., § 567 ff. ZPO. zulässig. Nach Art. 9 des GebG. in der Fassung vom 11. Nov. 1899 sind, wenn er auch formell nur zwei Ziffern ausführt, drei verschiedene Gebühren bestimmt:

A. Die Gebühr der Ziffer 1 zu 5/10 in jedem Falle.

B. Die Gebühr der Ziffer 2 Satz 1 zu 5/10 neben der Gebühr aus Ziffer 1 zu 5/10 — im Falle der Gebühr zu 8/10 nach Ziffer 1 ist überhaupt kein Raum mehr für eine Gebühr aus Ziffer 2 — für das gerichtliche Verteilungsverfahren. Diese Gebühr der Ziff. 2 Satz 1 ermäßigt sich auf 3/10 im Falle des § 143 ZwVG., wenn das Verteilungsverfahren vor dem Beginne des Verteilungstermines eingestellt wird.

C. Die Gebühr zu 3/10 neben der Gebühr der Ziff. 1 zu 5/10, wenn nach § 144 ZwVG. ein Verteilungsverfahren nicht stattfindet.

Diese Gebührenskala ergibt der Wortlaut des Art. 9 des Geb.G. selbst. Zum gleichen Ergebnisse führt die Vergleichung der früheren Fassungen des GebG. mit der jetzigen. Während Art. 10 der älteren Fassungen lediglich eine Gebühr für das Verfahren bis zur Einleitung der Verteilung und eine solche für das Verteilungsverfahren, abgestuft nach des letzteren vollständigen oder teilweisen Durchführung enthält, bestimmt nun Art. 9 ausdrücklich eine weitere neue Gebühr auch ohne jedes Verteilungsverfahren für das Verfahren nach § 144 ZwVG. Die weitere Beschwerde des Ansteigerers ist vom Oberlandesgericht München kostenfällig zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen: Die Beschwerde ist nach § 567 ff. ZPO., § 4 GKG. und Art. 7 GebG. zulässig. Zu deren Erhebung ist der Beschwerdeführer legitimiert. Nicht war der Ansteigerer zu Erinnerungen nach § 4 GKG. zum Vollstreckungsgerichte legitimiert, weil er nicht „Zahlungspflichtiger" im Sinne dieser Gesetzesstelle ist. Die von ihm bemängelte Gebühr ist nicht von ihm gefordert worden; sie gehört vielmehr zu den Kosten, die aus dem Versteigerungserlöse, aus dem Barbestande der Masse vorwegzunehmen sind. (ZwVG. §§ 44, 49, 109, 10 Abs. 2, 12 Ziff. 1 u. GebG. Art. 9.) Wenn der Ansteigerer den nach § 144 ZwVG. vom Vollstreckungsgerichte er-

forderlich erachteten Nachweis über Zahlung solcher aus dem Erlöse zu deckender Kosten an die Gerichtskasse nicht erbringt, weil er deren Ansatz bestreiten will, so hat das Vollstreckungsgericht zur Anberaumung des Verteilungstermines zu schreiten und es dem Ansteigerer zu überlassen, hiergegen Einwendungen nach § 766 ZPO. zu erheben. Ist die Legitimation des Ansteigerers zu den von ihm erhobenen Erinnerungen als gegeben anzuerkennen, so ist bei ihrer sachlichen Prüfung der Ansatz der 5/10-Gebühr nach Art. 9 Ziff. 2 GebG. aus den Gründen des Beschwerdegerichtes für **gerechtfertigt** zu erachten. Hiernach ist außer der Gebühr des Art. 9 Ziff. 1 zu 5/10 des GebG. für das Verfahren **bis** zur Einleitung des Verteilungsverfahrens im Falle der beantragten Umgangnahme von dem gerichtlichen Verteilungsverfahren nach § 144 ZwVG. statt der für das Verteilungsverfahren geforderten weiteren 5/10 Gebühr noch die 3/10-Gebühr anzusetzen, und zwar ohne Unterschied, ob es bis zur Anberaumung des Verteilungsverfahrens, oder auch nicht einmal hierzu kommt. (Beschluß vom 21. IX. 06, BeschwR. 520/06 IV.)

647 V. — — —

II.

Voraussetzungen der Vollstreckungsklausel für das Zinsgenußrecht an einer Hypothek (Art. 127 ff. AG. z. ZPO.). Die Ehegatten E. schlossen am 2. Mai 1904 für den inzwischen eingetretenen Fall rechtskräftiger Scheidung einen Auseinandersetzungsvertrag, worin u. a. dem gemeinsamen, damals vierjährigen Kinde Lilly ein vorläufiges Vatergut von 14000 Mk. zugewiesen wurde, das auf dem Anwesen des Ehemanns hypothesiert und zu 4% verzinst werden sollte; der Zinsgenuß sollte auf die Dauer der Minderjährigkeit der Mutter Elisabeth E. zustehen. Die Urkunde wurde am 8. Okt. 1904 hypothekenamtlich vollzogen und sodann der Mutter Elisabeth E. durch den Notar vollstreckbare Ausfertigung für die Zinsen erteilt. Gegen diese Klausel erhob der Schuldner Josef E. Einwendungen, weil Gläubiger das Kind sei und er eine Unterwerfung unter die Vollstreckung gegenüber der Mutter nicht erklärt habe. Das AG. wies die Einwendungen zurück, weil auf die Zinsen nach dem klaren Wortlaut die Mutter Gläubigerin sei und ihr nach Art. 127 ff. AG. z. ZPO. also ohne weiters das Vollstreckungsrecht zustehe. In der Beschwerde wurde u a. geltend gemacht, die Zuwendung an das Kind sei überhaupt nichtig, weil die Annahme nur durch einen Pfleger hätte geschehen können; außerdem stehe die gesetzliche Vertretung des Kindes nach § 1636 BGB. dem Josef E. zu und es sei daher nur dieser zu Vollstreckungsanträgen berechtigt. Das LG. stellte fest, daß im Hypothekenbuch nur der Zinssatz, nicht aber das Zinsgenußrecht der Mutter eingetragen worden war, obwohl die Vollzugsbestätigung lautet: „samt Zins- und Zahlungsbestimmungen“ und hob die Vollstreckungsklausel auf, weil für den Zinsgenuß der Mutter der Hypothekenbucheintrag, also ein wesentliches Erfordernis der Vollstreckungsfähigkeit nach Art. 127 ff. AG. mangle. Auf die weitere Beschwerde der Elisabeth E. stellte das OLG. den amtsgerichtlichen Beschluß wieder her.

Aus den Gründen: Es ist verkannt, daß Josef E. seinem Kinde die Forderung auf das vorläufige Vatergut verzinslich zugewendet hat und daß damit der Anspruch wie auf das Kapital, so auch auf den Zins als ein dem Kinde zustehender geschaffen und als solcher in das Hypothekenbuch eingetragen wurde. Darum kann keineswegs gesagt werden, daß dem Zinsgenußrecht der Mutter die Eintragung in das Hypothekenbuch fehlt; denn Josef E. als Vater und gesetzlicher Vertreter seines Kindes hat nur als Ausgleich für die der Mutter obliegende Sorge für die Person (§ 1635 BGB.) auf die Dauer der Minderjährigkeit das Recht zum Zinsbezug auf die Mutter übertragen. Damit hat die Auseinandersetzung ihre Eigenschaft als Hypothekurkunde auch für Elisabeth E. als Rechtsnachfolgerin in das Zinsbezugsrecht behalten; der Eintragung dieser Rechtsnachfolge (Zession des Zinsanspruchs) in das Hypothekenbuch bedurfte es nicht. Es genügt, daß sie durch den Inhalt der notariellen Urkunde selbst im Sinne des § 727 ZPO. nachgewiesen ist. Dagegen liegt in der Behauptung, es habe der Aufstellung eines Pflegers zur Annahme der Zuwendung durch die unmündige Tochter bedurft und sie sei mangels einer solchen nichtig, eine Einwendung gegen den Anspruch selbst, die gemäß § 797 ZPO. nur mit Klage geltend gemacht werden kann. (Beschl. v. 2. Juli 1906; BeschwR. Nr. 389/06 IV.)

605 N.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Zur Anwendung der §§ 906 und 1004 BGB. Der Beklagte benützt zum Betriebe seiner Buchdruckerei einen Elektromotor, der bisher an der sein Haus von dem Hause des Klägers trennenden Giebelmauer angebracht war. Wegen Eigentumsbeeinträchtigung, bestehend in der Zuführung von Geräusch und Erschütterungen aus dem Elektromotorbetrieb, erhob der Kläger Klage mit dem Antrage, auszusprechen, daß der Beklagte schuldig sei, den Betrieb seiner Druckerei mittels dieses Elektromotors zu unterlassen. Das Landgericht N. erließ Urteil dahin, daß der Beklagte den Betrieb seiner Buchdruckerei mittels seines an der fraglichen Giebelmauer angebrachten Elektromotors zu unterlassen habe. Auf Berufung des Beklagten und Anschlußberufung des Klägers hob das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil auf und erkannte zu Recht, daß der Beklagte schuldig sei, Vorkehrungen zu treffen, um die von dem Elektromotor ausgehenden, in starkem Geräusch und erheblichen Erschütterungen bestehenden störenden Einwirkungen auf das Haus des Klägers auszuschließen, daß aber der weiter gehende, auf die gänzliche Unterlassung des Buchdruckereibetriebes mittels des Elektromotors gerichtete Antrag abgewiesen werde.

Aus den Gründen: Nach § 906 BGB. kann der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung von Geräusch und Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen mit der ihm gemäß § 1004 BGB. gewährten negatorischen Klage insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder als die Einwirkung nach den örtlichen Verhältnissen bei der Lage der Grundstücke gewöhnlich ist. Der Kläger hat die Störung zu beweisen, dem Beklagten liegt dagegen der Beweis der Unwesentlichkeit und der Ortsüblichkeit der Störung ob; für das zulässige Maß der Einwirkung bildet das Empfinden eines normalen Menschen die Richtschnur (JW. 1904 S. 143, 384; 1902 Beil. S. 202; DJZ. 1901 S. 464). Nach den Feststellungen des Erstrichters verursacht der Elektromotor im Hause des Klägers ein schwingendes, starkes Summen, das mit dem Geräusch einer Dampfdreschmaschine vergleichbar ist und ihm auch an Stärke nicht nachsteht. Daneben bewirkt der Elektromotor in den oberen Stockwerken ein beträchtliches Zittern des Fußbodens. Die Einwirkung ist so stark, daß auch ein nicht nervöser Mensch sie als lästig empfindet. Dafür, daß diese Einrichtungen ortsüblich seien, hat der Beklagte keinen Beweis angeboten, es steht übrigens fest, daß die fragliche Stadtgegend nach ihrem Aussehen keineswegs als Fabrikviertel, in dem solche Geräusche und Erschütterungen üblich wären, erscheint (JW. 1904 S. 175, 259; 1905 S. 495). Demnach ist der Beklagte durch das landgerichtliche Urteil

nicht beschwert. Dagegen ist der Kläger durch die enge Fassung des Urteils benachteiligt, die nur die Anbringung des Elektromotors an der die beiden Grundstücke trennenden Mauer verbietet, da die Aufstellung des Motors an einer anderen Stelle, wenn damit die Störung auch nicht beseitigt wäre, die Vollstreckung des Urteils hindern, dem Kläger aber nicht den beabsichtigten Schutz gewähren würde. Nach der Rechtsprechung des RG. (JW. 1900 S. 501, 1902 Beil. S. 202, 203, 1903 Beil. S. 103; Gruchot Bd. 42 S. 137, Bd. 47 S. 953) ist bei den auf § 906 BGB. gestützten Klagen sowohl der Klagantrag als die Urteilsformel ganz allgemein zu fassen, um für die Herstellung der zur Beseitigung der störenden Einwirkungen bestimmten Vorkehrungen möglichst freie Hand zu lassen. Zu weit jedoch geht der Antrag des Klägers, daß dem Beklagten der Betrieb seines jetzigen Elektromotors überhaupt untersagt werden solle, weil damit die Verursachung der Störungen notwendig verbunden sei. Es muß dem Beklagten freigestellt bleiben, solche Vorkehrungen zu treffen, die den Betrieb des Elektromotors ohne Störung des Eigentums des Klägers ermöglichen. Das wird sich in der Zwangsvollstreckung zeigen. Sollte die Herstellung solcher Vorkehrungen nicht möglich sein, dann könnte allerdings, da die Anwendung des § 26 GewO. nicht in Frage kommt, die gänzliche Beseitigung des Elektromotors die Folge der Urteilsvollstreckung sein. Der § 1004 BGB. spricht wohl aus, daß bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen auf Unterlassung geklagt werden könne. Das bedeutet aber nicht die Unterlassung eines Gewerbebetriebes selbst, sondern nur die Unterlassung der Störung, der Beeinträchtigung, die von dem Gewerbebetrieb ausgeht.

614 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Dittmar in Nürnberg.

Oberlandesgericht Augsburg.

Gewöhnliche Kaufsanpreisungen bilden keine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des § 459 II BGB. Insoweit der Verkäufer zum Käufer gesagt haben soll, daß die Gegenstände einen viel höheren Wert hätten, als er verlange, daß sie sogar 3000 Mk. wert und äußerst billig seien, liegen nur allgemeine Anpreisungen vor, wie sie zum Zwecke der Empfehlung der Ware, zumal bei Sachen höheren Wertes, von Hausierern überall gemacht zu werden pflegen. Solche Anpreisungen sind nicht ernstlich gemeint, und können auch nicht vom Käufer ernstlich genommen werden, solange er sich nicht ausdrücklich eine Garantie ausbedingt. Auch bildet der Wert keine Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. Unter den Begriff der Eigenschaften fallen die natürlichen, der Sache innewohnenden Eigenschaften, sowie solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die zufolge ihrer Beschaffenheit und Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung zu üben vermögen (vgl. Entsch. d. RG. vom 19. Sept. 1902, JW. Beilage 1902 S. 271.) Dem Verkäufer steht demnach frei, seine Waren so hoch anzuschlagen, als er will, und dem Käufer ist es unbenommen, von dem verlangten Preise herunterzuhandeln. Wenn der Verkäufer also zum Käufer sagt, seine Ware sei 3000 Mk. wert, so drückt er dadurch nicht eine Eigenschaft der Ware, eine die Wertschätzung beeinflussende Tatsache, sondern ein subjektives Urteil aus, dessen Richtigkeit zu prüfen Sache des Käufers ist, weshalb sich also vorliegendenfalls der letztere behufs Ablehnung seiner Pflicht, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, nicht auf § 459 Abs. 2 BGB. berufen kann. (Urt. v. 23. I. 06.)

648 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

Rückgabe der Sicherheit des Verwalters im Zwangsverwaltungsverfahren; § 153 Abs. 2, § 154 ZVG. Der nach § 150 ZVG. bestellte Verwalter wurde während des Verfahrens entlassen und ein anderer Verwalter bestellt. Nach gestellter Schlußrechnung beantragte er die Rückgabe der von ihm geleisteten Sicherheit. Hiergegen erhob der Schuldner Erinnerungen, weil er die Verwaltungstätigkeit in verschiedenen Punkten bemängelte. Das Vollstreckungsgericht hat den Antrag des Verwalters zurückgewiesen. Die Beschwerde hiergegen wurde vom Landgerichte abgewiesen.

Aus den Gründen: Die sofortige Beschwerde ist formell nicht zu beanstanden (§§ 793, 577 ZPO.). Die Sicherheit des Verwalters wird zugunsten aller Beteiligten (§ 9 ZwVG.) geleistet und haftet für die Erfüllung der dem Verwalter gegenüber allen Beteiligten obliegenden Verpflichtungen (§§ 153, 154 ZVG.). Die Beteiligten erwerben an der Sicherheit ein Pfandrecht. Ueber die Voraussetzungen und das Verfahren der Rückgabe der Sicherheit an den Verwalter enthält das ZVG. keine ausdrücklichen Bestimmungen. Aus deren Zweck ergibt sich für die Regel als Zeitpunkt der Rückgabe die Beendigung des Verfahrens oder die Entlassung des Verwalters während desselben, des weiteren aber auch die Pflicht des Vollstreckungsgerichtes, vor Hinausgabe der Sicherheit die Beteiligten zu hören. Werden dann von einem Beteiligten hiergegen Einwendungen erhoben, so muß der Verwalter die Einwilligung des Widersprechenden im Wege der Klage erzwingen und dem Vollstreckungsgerichte erbringen. Zur Entscheidung, ob und welche Rechte einer der Beteiligten auf Grund der Verantwortlichkeit des Verwalters an der geleisteten Sicherheit geltend zu machen berechtigt ist, ist das Vollstreckungsgericht nicht berufen. (Beschw.-Reg. Nr. 399/1906 II. FZK.)

646 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

Literatur.

Lunglmayr, Alfred, Oberlandesgerichtsrat, Der juristische Vorbereitungsdienst in Bayern. 2. Band. Berlin 1905. Verlag von Franz Vahlen. Gebd. Mk. 11.—.

Der vorliegende Band — man möchte ihn den besonderen Teil des Werkes nennen — verfolgt vor allem den Zweck, den von der Hochschule kommenden jungen Juristen unmittelbar in die Praxis einzuführen. Er umfaßt in klarer, zusammenfassender und übersichtlicher Weise das gesamte Gebiet des Vorbereitungsdienstes bei den Gerichten, den Verwaltungsbehörden und der Rechtsanwaltschaft. Auch eine Einführung in den staatsanwaltschaftlichen Dienst ist dankenswerter Weise aufgenommen. Was dem 1. Band des Werkes nachzurühmen war (vgl. 1. Jahrg. S. 356), das trifft auch für den nunmehr vorliegenden 2. Teil zu. Er ist für den angehenden praktischen Juristen ein wertvolles Hilfs- und Nachschagebuch. Für manche Gebiete, z. B. die freiwillige Gerichtsbarkeit, die auf der Hochschule nicht selten etwas stiefmütterlich behandelt werden, kann es in seiner systematischen, dabei zumeist an den Gesetzestext sich anschließenden Art vom Praktikanten geradezu als Lehrbuch benützt und verwendet werden. Dabei verrät es überall den gewandten Praktiker, der mit sicherem Blick das für die praktische Durchbildung Wesentliche darzulegen versteht. Das Werk kann den jungen Juristen wie den mit ihrer Ausbildung beschäftigten Beamten in gleicher Weise empfohlen werden.

Staatsanwalt Dr. Koch.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

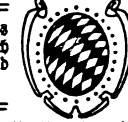
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 22. München, den 15. November 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Kraftfahrzeuge.

Von Regierungsassessor **von Sutner** in München.

Am 1. Oktober 1906 sind die neuen Oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 17. September 1906, GVBl. S. 729, in Kraft getreten.[1] Einer Vereinbarung zwischen den Bundesregierungen entsprungen und demnach in mehr oder weniger gleichlautender Fassung im ganzen Reichsgebiete geltend und eine einheitliche Rechtsbehandlung gewährleistend, ersetzen sie im allgemeinen die Oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen vom 7. Mai 1902, GVBl. S. 173; diese bleiben lediglich für Straßenlokomotiven und schwere Vorspannmaschinen, dann mit § 2 Abs. 3 noch für Kraftfahrzeuge ohne Gummibeschuhung und mit § 10 für Kraftfahrzeuge, deren Gewicht bei voller Belastung 4000 kg übersteigt, in Kraft.

Die neuen Vorschriften beschäftigen sich nach einigen einleitenden Bestimmungen mit
- der Beschaffenheit und Ausrüstung,
- der Inbetriebnahme,
- der polizeilichen Kennzeichnung der Kraftfahrzeuge,

dann mit
- den Eigenschaften und besonderen Pflichten ihrer Führer,
- mit der Benützung öffentlicher Wege und Plätze,
- mit dem Verkehre über die Reichsgrenze und im Zollgrenzbezirke,
- mit der Untersagung des Betriebes, endlich den zugestandenen Ausnahmen.

Ein Eingehen auf die einzelnen Vorschriften liegt nicht im Rahmen dieser Zeitschrift. Von Interesse dürften lediglich die in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte sein.

Die neuen Vorschriften, denen eine Vollzugsanweisung in der Ministerialbekanntmachung vom 17. September d. Js., GVBl. S. 748 mit auf den Weg gegeben wurde, gründen sich, wie schon ihre Vorgängerinnen, auf § 366 Nr. 10 StGB. und Art. 2 Ziff. 6 PStGB. und gelten als polizeiliche Vorschriften im Sinne der erstgenannten Bestimmung. Uebertretungen werden demnach mit Geldstrafe bis zu 60 Mark oder mit Haft bis zu 14 Tagen bestraft. (§ 28 der OV.)

Die neuen Vorschriften bilden für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen ein Sondergesetz; soweit es keine Bestimmung enthält, gelten für den genannten Verkehr sinngemäß auch die den Verkehr von Fuhrwerken oder von Fahrrädern auf öffentlichen Wegen und Plätzen regelnden Polizeivorschriften (§ 1 OV.). Als solche sind nicht allein die orts-, distrikts- und oberpolizeilichen Vorschriften, sondern auch die gesetzlichen Bestimmungen zu verstehen (Vollzugsanweisung zu § 1 OV.). Für Bayern kommen hier zunächst, wenn auch nur in beschränktem Maße, die
- Ministerialbekanntmachung vom 23. Juni 1862, das Ausweichen der Reiter, Fuhrwerke und Viehherden auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen betr., RBl. S. 1465, die
- Ministerialbekanntmachung vom 4. Jan. 1872, die Sicherheit und Bequemlichkeit auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen betr., RBl. S. 73, die
- Oberpolizeilichen Vorschriften vom 1. Januar 1898, den Radfahrverkehr betreffend, GVBl. S. 1, dann die Oberpolizeilichen Vorschriften der einzelnen Kreisregierungen (s. v. Riedel-v. Sutner, PStGB. 6. Aufl. S. 269 Anm.)

in Betracht.

Lediglich soweit Kraftfahrzeuge für den öffentlichen Fuhrwerkbetrieb verwendet werden und inbezug auf ihre Führer finden neben den neuen OV. auch die allgemeinen Bestimmungen über den Betrieb der Droschken, Omnibusse und sonstigen dem öffentlichen Transportgewerbe dienenden Fuhrwerke Anwendung (§ 1 Abs. 2 OV.).

Was als Kraftfahrzeug im Sinne der neuen Vorschriften zu betrachten und zu behandeln

[1] Siehe auch Dr. Engelhart, Die polizeilichen und steuerrechtlichen Bestimmungen für Kraftfahrer, München 1906, J. Schweitzer Verlag. Preis kart. Mk. 1.50.

ist, ist in ihnen nicht gesagt. Auch die Vollz.-Anw. vermeidet es, eine Begriffsbestimmung zu geben, sondern überläßt es (in der Bemerkung zur Einleitung) der tatsächlichen Feststellung im einzelnen Falle. Aus dem Eingange der neuen Vorschriften ist aber zu entnehmen, daß es sich um den nicht an Bahngleise gebundenen Verkehr der durch elementare Triebkraft bewegten Fahrzeuge — Kraftwagen und Krafträder — handelt. Hieraus und aus der Zweckbestimmung der neuen Vorschriften, die dazu dienen sollen, die Sicherung des Verkehrs auf öffentlichen Wegen und Plätzen zu fördern und deren entschiedene Durchführung den Polizeibehörden nahe gelegt ist (Schlußabsatz der VollzAnw.), ist der Schluß gerechtfertigt, daß die Auslegung des Begriffs der Kraftfahrzeuge im weitesten Sinne zu erfolgen hat. Lediglich in § 1 Abs. 3 der OV. ist eine Art der Kraftwagen beschrieben und in § 1 Abs. 4 a. a. O. gesagt, daß die Vorschriften auf Straßenlokomotiven und schwere Vorspannmaschinen keine Anwendung finden. Im übrigen ist die Zweckbestimmung, Größe, Bauart, Benennung usw. des Kraftfahrzeugs ebensowenig von Belang wie die Art der zur Verwendung gelangenden Triebkraft. Ob ein Kraftfahrzeug in Frage steht, ist im Strafrechtsfalle vom Richter zu entscheiden.

Eine weitere Frage, die bei Anwendung der neuen Vorschriften wohl nicht selten auftauchen wird, ist die nach der Eigenschaft der benützten Wege und Plätze. Sowohl aus dem Eingange wie aus § 1 und aus dem Abschnitte D der OV. geht hervor, daß nur der Verkehr mit Kraftfahrzeugen auf öffentlichen Wegen und Plätzen in Betracht kommt. Ob ein Weg oder Platz öffentlich ist, ist Tatfrage und vom Richter zu prüfen und zu entscheiden. Oeffentlich ist jeder Weg, der tatsächlich dem öffentlichen Verkehre dient, ohne Rücksicht darauf, wer dessen Eigentümer ist (vgl. auch v. Riedel-v. Sutner, PStGB., 6. Aufl. S. 272 u. 357). Ebenso hat der Richter zu würdigen, ob eine Beschränkung bezüglich der Benützung eines Weges oder eine Sperrung (§ 21 OV. und VollzAnw.) vorliegt und ob sie in der vorgeschriebenen Form erlassen und bekannt gemacht wurde (vgl. auch Abs 3 der VollzAnw. zu § 21, dann aber auch das Urt. des bayr. ObLG. vom 23. Juni 1903, Sammlg. Bd. 3 S. 370, worin, allerdings noch in bezug auf die älteren Vorschriften aber sinngemäß auch hierher anwendbar, ausgesprochen wurde, daß durch § 12 Abs. 2 der OV. vom 7. Mai 1902 keine neue Form der Verkündung distrikts- und ortspolizeilicher Vorschriften geschaffen wurde), dagegen entzieht sich seiner Prüfung, aus welchem Grunde die polizeiliche Beschränkung oder Sperrung erfolgte (Art. 15 PStGB.).

Auf Radfahrwegen und auf Fußwegen, die für den Radfahrverkehr freigegeben sind, kann der Verkehr mit Krafträdern durch besondere polizeiliche Genehmigung gestattet werden.

Der Verkehr mit Kraftfahrzeugen auf Privatwegen, d. h. auf nicht dem öffentlichen Verkehre dienenden Wegen wird durch die neuen OV. nicht berührt, bemißt sich vielmehr nach den übrigen einschlägigen Bestimmungen des Straf- und bürgerlichen Rechts (z. B. § 368 Nr. 9, § 123 StGB., Art. 92 ForstG., § 823 BGB. usw.).

Auf den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (Motorboten, Motorschlitten) auf Wasserstraßen finden die neuen Vorschriften keine Anwendung.

Ob Fahrzeug und Führer den Vorschriften (Abschn. B u. C und gegebenenfalls auch E) entsprechen, bemißt sich nach diesen; bezüglich der Beschaffenheit der Fahrzeuge wird wohl die Erholung des Gutachtens einer sachverständigen Behörde oft nicht zu umgehen sein.

Aus welchen Erwägungen die Entziehung der Fahrerlaubnis erfolgte, ist Sache der Polizeibehörden (über die Zuständigkeiten s. § 31 OV.). Allenfallsige Beschwerden gegen polizeiliche Maßnahmen sind auf dem für Verwaltungssachen vorgeschriebenen gesetzlichen Rechtszug auszutragen (Art. 14 PStGB.). Für den Richter ist lediglich die Frage von Bedeutung, ob die Entziehung der Erlaubnis dem von dieser Maßregel Betroffenen bekannt gegeben wurde. Da eine bestimmte Form hierfür nicht vorgeschrieben ist, genügt der Nachweis jeder Art der zweifellosen amtlichen Eröffnung.

Zum Begriffe der Fahrgeschwindigkeit darf auf das Urteil des bayer. ObLG. vom 5. Juni 1902, Sammlg. Bd. 2 S. 395, hingewiesen werden.

Endlich ist noch der steuergesetzlichen Bestimmungen Erwähnung zu tun.

Gemäß § 53 des ReichsstempelG. v. 3. Juni 1906, RGBl. S. 710, dürfen der Beförderung von Personen dienende Kraftfahrzeuge (soweit sie nicht nach Tarif Nr. 8, RGBl. S. 726, hiervon befreit sind) zum Befahren öffentlicher Wege und Plätze nur nach Lösung einer Erlaubniskarte in Gebrauch genommen werden, die gemäß § 60 a. a. O. von dem Führer des Kraftfahrzeuges unterwegs stets bei sich zu führen und von deren Vorlage die Zuteilung oder die Ausgabe des polizeilichen Kennzeichens abhängig ist (§ 59 a. a. O., § 5 der OV. und VollzAnw. hierzu).

Die Nichterfüllung der Steuerpflicht ist in § 61 a. a. O. mit Strafe bedroht. Diese Geldstrafe hat dem fünf- bis zehnfachen Betrage der Abgabe für eine Jahreskarte zu entsprechen. Kann der Betrag der hinterzogenen Abgabe nicht festgestellt werden, so tritt statt der vorbezeichneten Strafe eine Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu viertausend Mark für den einzelnen Fall ein. Die Umwandlung einer Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe findet nicht statt (§ 74 a. a. O.). Die Zuwiderhandlung erfordert ein Verschulden,

sie ist daher nicht gegeben, wenn eine Steuerhinterziehung nicht hat verübt werden können oder nicht beabsichtigt worden ist (§ 71 Abs. 2 a. a. O.).

Was die strafrechtliche Eigenschaft der Zuwiderhandlung und die Zuständigkeit zu ihrer Verfolgung anlangt, so ist folgendes zu bemerken. Wie das Oberste Landesgericht in Uebereinstimmung mit der herrschenden Auslegung und Rechtsprechung wiederholt entschieden hat, ist der im Einzelfalle unter Zugrundelegung der für ihn maßgebenden Steuer sich berechnende Höchstbetrag der Geldstrafe als der für die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage maßgebende Umstand zu bezeichnen und hiernach die Eigenschaft der Strafhandlung als Vergehen oder Uebertretung und die Zuständigkeit zu ihrer Verfolgung zu bemessen (Urt. d. bayer. ObLG. in Strafsachen vom 15. Juni 1900, Samml. Bd. 1 S. 98, vgl. auch Urteil desselben Gerichts vom 30. März 1905, Samml. Bd. 5 S. 338). Ist die Zuständigkeit der Landgerichts-Strafkammer gegeben, so kann gemäß § 75 Nr. 14 und 15 GVG. die Ueberweisung an das Schöffengericht erfolgen. Nach der Eigenschaft der Straftat beurteilt sich auch die Verjährung. Der Strafbescheid der Zoll- und Steuerbehörden wirkt hinsichtlich der Verjährung wie eine richterliche Handlung (§ 459 Abs. 3 StPO.).

Gemäß § 75 des ReichsstempelsteuerG. wird die Erlaubniskarte auf ein Jahr ausgestellt, soweit nicht die Ausstellung auf einen kürzeren Zeitraum beantragt worden ist. Die im Zeitraume *eines* und desselben Jahres (nicht Kalenderjahres) begangenen Zuwiderhandlungen bilden daher nur *eine* einzige strafbare Handlung; fallen die Zuwiderhandlungen in verschiedene Jahre, so liegen ebenso viele selbständige strafbare Handlungen vor, als Jahre in Betracht kommen.

Treffen strafbare Handlungen aus dem Reichsstempelsteuergesetz mit solchen aus den neuen oberpolizeilichen Vorschriften zusammen (also beispielsweise Fahren mit einem Kraftfahrzeuge ohne Lösung der steuergesetzlichen Erlaubniskarte und ohne Erholung des polizeilichen Kennzeichens), so ist auf die Geldstrafen ihrem vollen Betrage nach zu erkennen (§ 78 Abs. 1 StGB.); eine Gesamtstrafe wird nicht gebildet.

Die neuen Vorschriften ermöglichen es, den Auswüchsen des Kraftwagenverkehrs in wirksamster Weise zu begegnen, ohne ihn, der eine unabweisbare und schätzenswerte Errungenschaft der Neuzeit bildet, in seiner Entwickelung zu hemmen. Vielmehr wird eine verständnisvolle Handhabung der neuen Vorschriften in der Strafrechtspflege nur einen günstigen Einfluß auf diese Entwickelung ausüben.

Verpflichtung zum Grundeigentumserwerb.

Von Privatdozent **Dr. Neubecker** in Berlin.

I.

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. (§ 313, Satz 1). Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag ist nichtig (§ 125 Satz 1). Die Heilbarkeit (nach § 313 Satz 2) bleibt hier außer Betracht. Der ganze Vertrag ist mangels der Form nichtig, darüber ist man einig. (Vgl. Dernburg, Bürg. Recht II, 1 S. 192 (3. Aufl.), Staudinger II, 1 S. 136 Anm. 4, Planck II S. 126.) Es wird weder Leistung noch Gegenleistung geschuldet, eine bereits bewirkte Gegenleistung kann kondiziert werden. Insoweit ist also eine Verpflichtung zum Grundeigentumserwerb, (§ 433) hinfällig.

II.

Streitig ist, ob die Vorschrift des § 313 auch auf einen Vertrag anwendbar sei, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück aufzugeben. In Planck's Kommentar II S. 126 wird ausgeführt, daß ein solcher Vertrag nach dem Wortlaut nicht unter § 313 falle, daß eine entsprechende Anwendung indessen keinem Bedenken unterliege. Kuhlenbeck in Staudingers Kommentar IIa S. 135 N. g leugnet dagegen die Anwendbarkeit, da die analoge Anwendung einer Formvorschrift der Regel nach als unzulässig zu erachten sei. Dem dürfte zuzustimmen sein. Wie freilich ein solcher Vertrag im übrigen zu beurteilen wäre, kann hier dahingestellt bleiben, da die Frage wohl niemals praktisch werden wird, wie Planck a. a. O. mit Recht meint. (Vgl. auch Neumann, J. d. D. R. zu § 313.)

III.

Einig ist man, daß dem § 313 auch ein Vorvertrag unterliegt, durch den die Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrags der im § 313 bezeichneten Art eingegangen wird. (Vgl. Dernburg, BürgR. II, 1 S. 201, Planck, II § 313 S. 126 N. e., Staudinger-Kuhlenbeck II S. 135 N. e. Vgl. auch RGE. Bd. 43 S. 139.) Auch ein Vertragsantrag ist nur bindend, wenn er in gerichtlicher oder notarieller Form gemacht wird. (Dernburg, BürgR. II, 1 S. 192, Planck II S. 127 N. e. Staudinger-Kuhlenbeck, II S. 135 N. e.) Ferner bedarf der Form auch ein Vertrag, durch den die Verpflichtung eingegangen wird, einen bindenden Antrag auf Abschluß eines Vertrages der im § 313 bezeichneten Art zu machen. (Planck II S. 127 N. e.)

IV.

Im Anschluß an Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 53 S. 236 ff. und S. 257 ff.)

wird von Planck a. a. O. nun ferner die Ansicht vertreten, daß solcher Form auch der Vertrag bedürfe, durch den sich jemand verpflichtet, „einen solchen Antrag *nicht abzulehnen*“. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden: das käme darauf hinaus, daß nicht nur der Vertrag, durch den sich jemand zur *Uebertragung* des Grundeigentums, sondern auch der Vertrag, durch den sich jemand zum *Erwerb* desselben einseitig, d. h. ohne korrespondierende Uebertragungs-Verpflichtung verpflichtet, der Form des § 313 bedürfe.

In dieser Formulierung ist die Frage aufzuwerfen und zu behandeln. Die Formulierung, daß es sich um eine Verpflichtung handle, einen Antrag auf Grundeigentumsübertragung „nicht abzulehnen“, bzw. anzunehmen, kann irre führen.

Wie steht es nun mit der einseitigen Erwerbs- oder Ankaufsverpflichtung? Die Frage, die große praktische Wichtigkeit besitzt, ist als solche nur selten aufgeworfen worden und nicht in das allgemeine Bewußtsein getreten. Soweit sie aufgeworfen wurde, liegen bewußt entgegengesetzte Beantwortungen vor; mehrere Reichsgerichtsurteile zeigen sachlichen Widerspruch.

V.

Nach den Materialien des Gesetzes (Mot. II S. 189 f.; Protokolle I S. 460 f.; Denkschrift S. 72 f.)[1]) ist der Zweck gewesen, den Bauern von übereilten Wirtshausgeschäften abzuhalten. (Denkschrift S. 72: „Der wichtigste Zweck der Form, die minder geschäftsgewandte Bevölkerung vor übereilten *Käufen und Verkäufen* zu bewahren“. . . — Protokolle I S. 461 . . . . „den bezweckten Schutz der weniger gewandten bäuerlichen Bevölkerung gegen übereilte *Käufe und Verkäufe*“ . . .) Darnach sollten *Käufe und Verkäufe* getroffen werden; aber noch mehr: auch Tausch- und Schenkungsverträge 2c.

Um deswillen wurde die Formulierung der Gesetzesbestimmung generalisiert und es bestimmte schon E. I § 351 Abs. I: „Der Vertrag, durch welchen jemand sich zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke verpflichtet, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form.“ Im wesentlichen lauten so die anderen Entwürfe und das Gesetz selbst. Zur Begründung beruft sich die Denkschrift auf älteres Recht, so auch auf das preuß. ALR. I, 10 §§ 15 ff. und I, 11 § 75. Die Formulierung des Landesrechts ist interessant — aber für unsere Frage weiter nicht von Bedeutung. (Vgl. auch JW. 1905 S. 126 Sp. 2.)

So ergibt sich: man hat die Gesetzesbestimmung generalisiert und abstrakt die Beurkundung für die Verpflichtung zur *Uebertragung* des Grundeigentums statuiert. Der Zweck war, im

[1]) Mugdan II S. 1274 gibt S. 62, Staudinger II S. 134 § 313 S. 47 an.

wesentlichen damit die Wirtshauskäufe und Verkäufe zu treffen. Um dieses Zweckes willen nehmen Dorst[1]) und Neumann[2])[3]) auch an, daß die Verpflichtung zum Ankauf von Grundeigentum der Form des § 313 bedürfe.

Anderer Ansicht ist Oberneck.[4]) Er führt aus: „Dem kann nicht beigetreten werden, weil Formvorschriften nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen und der klare Wortlaut des § 313 die Anwendung der Formvorschrift auf Verträge, die nur das Recht auf *Abnahme* des Grundstücks begründen, ausschließt. Aus der *Annahme* einer Verpflichtung, ein Grundstück abzukaufen, folgt noch nicht ohne weiteres die korrespondierende Verpflichtung des anderen Teiles, dasselbe zu verkaufen. Der Abschluß von Verträgen, durch die nur der eine Teil zum Erwerbe, der andere aber nicht zur Veräußerung verpflichtet wird, ist rechtlich möglich.“ Oberneck beruft sich bei seinen Ausführungen auf eine ungedruckte Entscheidung des Reichsgerichts, und zwar des VII. Senates in Sachen K. gegen S. VII, 448/1902, außerdem auf RGE. Bd. 50 S. 77 und 82.

Die Entscheidung des Reichsgerichts VII. ZS. in Sachen K. gegen S., VII, 448/1902, ist inzwischen nach dem Erscheinen des Werkes von Oberneck veröffentlicht worden, und zwar in der Jur. Wochenschrift 1905 S. 126.[5]) Hier wird unter anderem gesagt: „Der Abschluß von Verträgen, durch die nur der eine Teil zum Erwerbe, der andere aber nicht zur Veräußerung verpflichtet wird, ist rechtlich möglich und findet häufig statt.“ „Im Angebot ist nirgends von einer Pflicht des Bekl., zu verkaufen, die Rede, sondern nur von einer Pflicht des B., zu kaufen. Auf derartige nur das Recht auf *Abnahme* des Grundstücks begründende Verträge findet aber die Formvorschrift des § 313 BGB. nach ihrem klaren Wortlaute keine Anwendung (RG. 50 S. 77, 82).“

Diese Ausführungen decken sich im wesentlichen und zum Teil wörtlich mit denen Obernecks. Auch findet sich in dem angeführten Reichsgerichtsurteil der Hinweis auf die RGE. Bd. 50 S. 77, 82. Nach der Art der Verweisung könnte man denken, daß in dem letztgenannten Urteile bereits der Satz ausgesprochen sei, daß auf die einseitige

[1]) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages I S. 18 ff.

[2]) Kommentar zu § 313 1a.

[3]) Vgl. Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechtes I. 1904, S. 216.

[4]) Das Reichsgrundbuchrecht I Berlin 1904 S. 384. Vgl. auch Oberneck in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1904 S. 609, worauf in einem Artikel derselben Zeitschrift 1906 S. 127 hingewiesen wird. Herr Geheimrat Prof. Dr. Dernburg hatte die Güte, ihn mir bekannt zu machen und zur Verfügung zu stellen, wofür ich auch an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank ausspreche.

[5]) Es handelt sich um dasselbe Urteil. Der erwähnte Artikel in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1906, S. 127, spricht trotzdem von einer „bisher noch ungedruckten Entscheidung des VII. ZS.“.

Grunderwerbsverpflichtung die Formvorschrift des § 313 keine Anwendung finde. Dem ist jedoch nicht so. Wohl findet sich daselbst S. 82 der Satz: „Es muß gerade aus diesen ausdrücklichen Bestimmungen (der §§ 313 und 1017) gefolgert werden, daß man für andere, weniger wichtige Fälle von obligatorischen auf Rechte an Grundstücken bezüglichen Verträgen (im Gegensatz zur Grundstücksveräußerung und Erbbaurechtsbestellung) ähnlich strenge Formvorschriften nicht aufstellen wollte". Aber daraus kann unmittelbar jener Satz noch nicht abgeleitet werden. Man kann darin höchstens ein Argument gegen extensiv interpretierende Neigung erblicken und ferner ein Betonen der Regel, daß Verträge nach heutigem bürgerlichen Recht wie einst nach gemeinem im Zweifel formfrei sind. So muß die RGE. Bd. 50 S. 77 ff. als nicht unmittelbar bedeutsam beiseite gelassen werden und es kommen nur in Betracht: auf der einen Seite Dorst und Neumann, welche die einseitige Verpflichtung zum Grundeigentumserwerb der Formvorschrift des § 313 unterwerfen wollen, auf der anderen Seite die Reichsgerichtsentscheidung, JW. 1905 S. 126, und Oberneck, welche für einen solchen Vertrag Formfreiheit gelten lassen.

Der Wortlaut[1]) des § 313 trifft nur Verträge, die eine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstand haben, die einseitig zum Erwerb verpflichtenden dagegen nicht. Auf dies Argument des „klaren Wortlautes" und darauf allein stützt sich die Reichsgerichtsentscheidung.[2])

Auf den „klaren Wortlaut" beruft sich auch Oberneck.[3]) Außerdem betont er, daß Formvorschriften nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen. Ob der Satz in dieser Allgemeinheit anzunehmen sei, kann man bezweifeln und will ich dahingestellt sein lassen. Auch wenn man ihn so generell und ausnahmslos nicht gelten lassen will, muß man doch m. E. zu dem Resultate der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung und Obernecks kommen: auch der Zweckgedanke drängt nicht zu einer ausdehnenden Auslegung und einer Erstreckung der Formvorschrift des § 313 auf die einseitige Verpflichtung zum Grunderwerb, wie Dorst und Neumann meinen, ganz im Gegenteil.

Der Zweck war, sagt man, vor Wirtshausgeschäften zu bewahren. Dieser Zweck ist zu generell: wäre er maßgebend, so fände der § 313 eine maßlose Ausdehnung eben auf alle „Wirtshausgeschäfte". Der Zweck war nach den Materialien, von übereilten Käufen und Verkäufen der Grundstücke abzuhalten. Sehen wir ganz ab von der allgemeinen Frage nach der Bedeutung der Materialien bei der Auslegung des Gesetzes — bei dieser Formulierung dachte man offenbar nur an einheitliche Geschäfte, die sich als Käufe im Sinne des § 433 BGB., mit Verkäufer und Käufer darstellen.[1]) Man bezweckte Schutz des grundbesitzenden Bauern, und generell Schutz des Grundeigentümers. Darum wurde der Vertrag, in dem sich jemand (freilich auch ein Nichteigentümer) zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtet, für formbedürftig erklärt.[2]) Daß man dabei nicht — entgegen dem Parteiwillen — nur die Verpflichtung zur Uebertragung, sondern auch die korrespondierende Pflicht zum Erwerb, d. h. den ganzen Vertrag formpflichtig machte, war richtig. Verpflichtung und Gegenverpflichtung sollen zusammen stehen und fallen.

Ganz anders steht es mit der gewollten einseitigen Verpflichtung zum Erwerb. Der Erwerber für sich allein soll nicht geschützt werden. Sein einseitiger Schutz wäre nicht Schutz des Grundeigentümers, sondern geradezu Verletzung desselben, wie sich später noch deutlicher ergeben wird.

So komme ich zu dem Ergebnis, daß nach Wortlaut und Zweck die Formvorschrift des § 313 auf solche Verträge keine Anwendung finden kann, welche lediglich die Verpflichtung zum Erwerbe des Eigentums an einem Grundstücke, nicht auch zur Uebertragung enthalten.

VI.

Ist nun ein Vertrag, der die einseitige Verpflichtung zum Grundeigentumserwerb enthält, nicht der Form des § 313 bedürftig, so kann es auch nicht ein Vertrag sein, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verkaufsofferte anzunehmen, bezw. nicht abzulehnen. Denn eine solche Verpflichtung bedeutet eben nichts anderes, als eine einseitige — bedingte oder unbedingte — Verpflichtung zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück. Ist dem aber so, dann liegen widersprechende Reichsgerichtsurteile zweier verschiedener Senate, des V. und VII. ZS. vor, ohne daß eine Plenarentscheidung der vereinigten Zivilsenate herbeigeführt worden wäre. Und ist dem so, dann sind die Entscheidungen des V. ZS. vom 3. und 10. Januar 1903 (Entscheidungen

---

[1]) Dies gibt auch eine Entscheidung des V. ZS. des Reichsgerichts vom 12. Mai 1906 zu, auf welche in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1906 S. 128 Bezug genommen wird.

[2]) Wenn diese Entscheidung (und ihr folgend Oberneck) von Verträgen spricht, die das Recht auf Abnahme des Grundstücks begründen, so kann das irre führen. Es handelt sich um ein Recht auf Abnahme, von der Seite des — künftigen — Verkäufers gesehen; von der anderen Seite aus um eine Pflicht (Verpflichtung) zur Abnahme.

[3]) Obwohl er eingangs des Absatzes (a. a. O. S. 384) sagt: „Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist es zweifelhaft, ob . . ."

[1]) Vgl. die römische Ausdrucksweise: emptio venditio. Russisch: kuplja-prodasha.

[2]) Vgl. auch RGE. Bd. 60 S 233 (Entscheidung des V. ZS.): „Bei diesem Vertrage trifft auch der Grund zu, welcher zur Aufnahme des Formzwanges geführt hat, daß nämlich der Verkäufer vor Leichtsinn und Uebereilung nicht nur in Ansehung der Festsetzung der Kaufbedingungen, sondern auch in bezug auf die Auswahl der Person des Käufers geschützt werden muß."

Bd. 53 S. 236 ff. und S. 257 ff.) zu berichtigen, entsprechend dem Wortlaute und dem Zwecke des § 313, den diese Entscheidungen unter Umständen in sein Gegenteil verkehren lassen, in dem sie nicht den — künftigen — Grundstücksverkäufer, sondern den — künftigen — Käufer schützen.

1. Der Tatbestand der ersten Entscheidung war kurz folgender. Der Verkäufer eines Hauses machte eine notarielle „Kaufofferte" mit Bindung bis zum 1. Oktober 1901. Der Käufer zahlte 5000 Mk. an. Sie sollten „verfallen sein", wenn er bis zum 1. Oktober 1901 nicht annehmen würde. Die Annahme erfolgte nicht. Der Verkäufer zog die Offerte zurück und der Käufer verlangte Rückzahlung der 5000 Mk., die der Verkäufer verweigerte. Das Gericht I. Instanz verurteilte den Verkäufer zur Zurückzahlung; Berufung und Revision wurden zurückgewiesen.

In den Revisionsgründen wird ausgeführt, daß ein gültiger Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei, und daß darum der Beklagte die angezahlten 5000 Mk. weder als mündlich vereinbarte Vertragsstrafe (§§ 340, 344 BGB.), noch als verwirkte Draufgabe (§ 338 BGB.) oder Reugeld zu behalten berechtigt sei. Die Rechtsverteidigung des Verkäufers führte in der Berufungsinstanz aus: Es handle sich um einen besonderen gegenseitigen Vertrag, der vom Grundstückkaufvertrag zu scheiden sei. Der Hauseigentümer habe sich in seiner Offerte gebunden — und als Gegenleistung habe sich der „Käufer" verpflichtet, die auf das Kaufgeld ausgezahlten 5000 Mk. dem Verkäufer zu belassen, wenn er die Auflassung nicht in der gestellten Frist entgegennähme.

Das Reichsgericht meint nun: Angenommen, diese Konstruktion habe eine genügende tatsächliche Grundlage, so sei doch das Uebereinkommen als Vorvertrag getroffen und mangels der Form nichtig. Hätte nämlich der Beklagte sich dem Kläger gegenüber zunächst mündlich verpflichtet, ihm durch notarielle Erklärung sein Grundstück zum Kauf anzustellen, so würde diese mündlich eingegangene Verpflichtung schon die bedingte Verpflichtung, das Eigentum des Grundstücks auf den Kläger zu übertragen, in sich schließen und hätte deshalb nach § 313 auch als Vorvertrag zu dem beabsichtigten Kauf der gerichtlichen oder notariellen Form bedurft.

Dem ist zuzustimmen.

Das Reichsgericht fährt nun fort: Daß der Beklagte nun wirklich in bindender Form das Grundstück dem Kläger zum Kauf angestellt und dadurch das angebliche mündliche Uebereinkommen seinerseits erfüllt hat, vermag die Nichtigkeit des letzteren nicht zu beheben und also den Anspruch des Beklagten auf die angezahlten 5000 Mk. als die angeblich für die einseitig bindende Offerte vereinbarte Gegenleistung nicht zu begründen. Diesen Ausführungen stehen Bedenken entgegen: Wenn das mündliche Uebereinkommen als Vorvertrag anzusehen, und mangels der Form nichtig ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß *nach Abgabe der bindenden Verkaufsofferte* die Situation sich in nichts geändert habe. Nach dem Reichsgerichtsurteil sieht es so aus, als ob nur der nichtige, weil formlose Vorvertrag und die formgültige Vollziehung des Kaufvertrages in Betracht kämen.

Die Parteien aber halten in dem Zwischenstadium. Der Verkäufer macht die formgerechte bindende Offerte. Das ist eine selbständige Leistung: ob sie Erfüllung, die einseitige Erfüllung eines ungültigen „Vorvertrages" ist, ist gänzlich gleichgültig. Die Situation ist um nichts anders, wenn ein solcher „Vorvertrag" nicht vorherging, wenn etwa nur „Verhandlungen" oder nicht einmal diese stattgefunden haben sollten.

Solche Offerte nun anzunehmen kann sich jemand sehr wohl formlos verpflichten. Das ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu *erwerben*. Dieser Vertrag ist selbständig: ihm steht nicht etwa eine *Verpflichtung* des Verkäufers zur *Uebertragung* des Eigentums als andere Vertragshälfte gegenüber. Und es steht ihm überhaupt keine *Verpflichtung* des Verkäufers gegenüber, sondern die *Bindung*[1]) desselben.

So liegt also in dem Vertrag, eine bindende Grundstückskaufofferte anzunehmen, kein Vorvertrag zu einem Vertrag, durch den sich jemand zur Uebertragung von Grundeigentum verpflichtet. Es liegt in dem „Annahmeverpflichtungsvertrag" keine — auch keine indirekte — *Verpflichtung* zur Veräußerung. Der — künftige — Verkäufer leistet, in dem er sich „bindet", der — künftige — Käufer verspricht und „verpflichtet" sich zur Abnahme. Ob mit der „Bindung" etwa noch „Verpflichtungen" und welche verknüpft sind oder sein können, bleibt hier außer Betracht.

Zahlt der Käufer nun eine Summe an, die bei Nichterfüllung seiner Annahmeverpflichtung verfallen sein soll, oder verspricht er, im Falle der Nichtannahme eine Summe zu zahlen, so liegt darin m. E. eine Vertragsstrafe. Ich will nicht leugnen, daß eine *Gegenleistung* für die „Bindung" darin gefunden werden kann. Die Annahme einer Vertragsstrafe erscheint mir aber natürlicher. Man wird sie insbesondere dann annehmen, wenn ganz ohne Beziehung zum Kaufpreis Zahlung einer Summe für den Fall der Nichtannahme binnen bestimmter Frist ausbedungen wird. Das gleiche wird wohl den Parteiabsichten entsprechen, wenn eine „angezahlte" Summe „verfallen" sein soll.

[1]) Auf die Bestellung des Vorkaufsrechts will ich nicht eingehen. Vgl. bes. RGE. Bd. 60 S. 232/233.

Daß nun solche Vereinbarung einer Vertragsstrafe in unserem Fall vollgültig ist, kann keinem Zweifel unterliegen, da der zu sichernde Vertrag als gültig nachgewiesen ist. § 344 BGB. findet keine Anwendung. Welcher Art die Vertragsstrafe ist, ist Tatfrage.

2. Der andere Fall ist kurz folgender: X. verpflichtet sich dem Y. gegenüber in einem schriftlichen Vertrag, die Hälfte des Gewinnes herauszuzahlen, wenn er das von Y. erworbene Grundstück vor dem — sagen wir — 1. Okt. 1902 mit Gewinn für sich weiterveräußern sollte. X. macht nun am 25. März 1902 dem Z. in notarieller Form eine Verkaufsofferte mit Bindung bis zum 1. November 1902 und bedingt aus, daß die Annahme nicht vor dem 1. Oktober erfolgen dürfe und daß sie im Laufe des Oktobers erfolgen müsse unter Vertragsstrafe von 10 000 Mk. Z. nimmt die Offerte am 5. Oktober an und nunmehr klagt Y. die Hälfte des Gewinnes gegen X. ein, da der Vertragsschluß gegen Treu und Glauben über den 1. Oktober hinausgezögert worden sei.

Das Reichsgericht wies die Klage ab, da X. zu jeder beliebigen Zeit verkaufen konnte. Ob dem Urteil zuzustimmen ist, kann fraglich sein. Doch darum handelt es sich hier nicht, sondern lediglich um die Ausführungen des Reichsgerichts über das Verhältnis zwischen X. und Z. Die Bindung des X. wird gesagt (S. 260 Bd. 53) verpflichtet den andern Teil nicht zur Annahme. Z. konnte das Angebot, welches eben nur den X. band, ablehnen.

Zweifellos ist das richtig: das Angebot als solches band nur den X. Und ferner ist anzuerkennen: daß die Bindung des X. den Z. nicht verpflichtete. Eine Offerte bindet niemals den Offertenempfänger. Eine ganz andere Frage ist aber, ob die Verpflichtung des Z. sich nicht aus einem anderen Grunde ergibt, nämlich aus einem besonderen Vertrag auf Annahme, der durch Vertragsstrafe gesichert werden sollte. Das Reichsgericht erklärt diesen Vertrag für unwirksam. „Denn wenn das Gesetz für gewisse Verträge eine bestimmte Form vorgeschrieben hat, wie dies in § 313 BGB. für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, geschehen ist, so ist eine formlos eingegangene Verpflichtung zum Abschluß eines solchen Vertrages hinfällig und rechtsunverbindlich; hinfällig und rechtsunverbindlich war es also, wenn Z. dem X. versprach . . ., sein Angebot „nicht abzulehnen" oder was — nur positiv ausgedrückt — dasselbe ist, sein Angebot anzunehmen. Ist aber das Versprechen selbst unwirksam, so ist nach § 344 BGB. auch die für den Fall seiner Nichterfüllung getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam." Das Reichsgericht gebraucht hier nicht den Ausdruck „Vorvertrag", wie in der ersten Entscheidung, sondern spricht von der Verpflichtung zum Abschluß eines Grundeigentumübertragungsvertrages und verlangt für jede Verpflichtung zu solchem Endziel die Form des § 313. Diesen Satz möchte man auf den ersten Blick für selbstverständlich halten — dennoch ist er es nicht. Festzuhalten ist, daß für Formvorschriften der Wortlaut des Gesetzes in erster Linie maßgebend ist, ferner daß die „Vorverträge" keine Regelung gefunden haben, daß auch nicht ohne weiteres die Form des Hauptvertrages für jeden Vertrag, der in Richtung des Hauptvertrages sich bewegt (Vorvertrag?), gefordert werden kann. Der Form bedarf nach § 313 der Vertrag, durch den jemand die Verpflichtung zur Grundeigentumsübertragung übernimmt. Von einer solchen Verpflichtung ist aber im vorliegenden Falle nicht die Rede.

3. Ueber ein Reichsgerichtsurteil in einem ähnlichen Fall berichtet Hirsch in der Juristischen Rundschau des Berliner Tageblatts vom 5. Mai 1906. Darnach hat das Reichsgericht ausgeführt: Unzweifelhaft habe sich der Beklagte (Verkäufer) zum Grundstücksverkauf mit Bindung bis zum 1. April 1904 verpflichtet; aber auch der Kläger (Käufer) habe als Gegenleistung dagegen vertragsmäßige Erklärungen abgegeben. Auf der einen Seite liege eine Verpflichtung zur Abtretung von Grundeigentum, auf der andern ein Gegenversprechen, also ein Vertrag. Dieser mußte seinem ganzen Inhalt nach gerichtlich oder notariell verbrieft sein, wenn er gelten sollte, namentlich auch in Ansehung der Gegenleistung von 50 000 Mk. und des Verzichtes auf deren Rückforderung. Die Begründung ist hier etwas anderes als in den beiden ersten Fällen, die der Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen entnommen sind. Hier spricht das Reichsgericht von einer Verpflichtung des Verkäufers mit Bindung bis 1. April 1904; es liege auf seiner Seite eine Verpflichtung zur Abtretung von Grundeigentum vor.

Ja, wäre dem so, dann allerdings fiele der Vertrag unter § 313. Es ist aber nicht richtig, zu sagen, daß der notariell einen Verkauf Offerierende sich verpflichte mit Bindung. Der Offerent bindet sich nur; er verpflichtet sich aber nicht. Die Bindung an die Offerte ist als solche keine Verpflichtung, so wenig wie etwa die Bindung an die Einigung im § 873 II. Entscheidend ist lediglich, daß der „Käufer" sich einseitig, ohne korrespondierende Verpflichtung des „Verkäufers" zur Grundeigentumübertragung, verpflichtet: ob die „Offerte" des „Verkäufers" formgerecht und bindend ist, ist für die Form der einseitigen Verpflichtung des „Käufers" gleichgültig.

Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf.

Von Rechtsanwalt **Dr. Stölzle** in Kempten.

I.

Herr Kollege Dr. Then führt in Nr. 11 dieser Zeitschrift S. 225 ff. aus: Der von mir in der 3. Aufl. meines Viehkaufes nach dem BGB. Berlin, J. Guttentag, 1904, aufgestellte Satz: „Verschweigen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen erheblichen Fehlers ist nicht arglistiges Verschweigen im Sinne des Gesetzes" sei in dieser Allgemeinheit unrichtig. Ein derartiges Verschweigen müsse nicht immer arglistig sein, in der Regel aber werde Arglist vorliegen. Wenn der Verkäufer den Mangel gekannt und verschwiegen habe mit der Absicht, den Käufer zu täuschen, dann werde in der Regel Arglist anzunehmen sein. Es liege eine wissentliche Verletzung der bona fides des Verkehrs vor. In solchen Fällen könne der Kaufvertrag nach § 123 BGB. angefochten und Schadensersatz verlangt werden.

II.

Hätte Then meine Ausführungen genauer gelesen, dann hätte er gefunden, daß ich den von ihm behaupteten Satz in dieser Allgemeinheit gar nicht aufgestellt habe. Auf Seite 40 Ziff. 3 meines Viehkaufes heißt es wörtlich: „Ob in dem arglistigen Verschweigen zugleich eine arglistige Täuschung gelegen ist, das ist Tatfrage."

Ich gebe damit die Möglichkeit zu, daß nach den Umständen des einzelnen Falles in dem arglistigen Verschweigen zugleich eine arglistige Täuschung liegen kann, so daß arglistiges Verschweigen und arglistige Täuschung in diesem Falle identisch sein können.

Nur arglistige Täuschung im technischen Sinne, welche, wie eben erwähnt, auch durch arglistiges Verschweigen verübt werden kann, gewährt die Rechtsbehelfe des § 123 BGB.

Das ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, das in der Entscheidung vom 27. März 1906, 374 05 II, JW. Nr. 10 S. 329 ausdrücklich erklärt: „Zwar braucht das Verschweigen, um arglistig zu sein und die Grundlage einer arglistigen Täuschung im Sinne des § 123 BGB. abzugeben, kein Unterdrücken zu sein; es ist nicht notwendig, daß der Verschweigende einen Umstand verdeckt oder durch täuschende Mittel unkenntlich macht. Es reicht zu, ist aber auch notwendig, daß der Verschweigende etwas nicht sagt, was der andere Teil unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf."

Ich verweise auf die Ausführungen in meinem „Viehkauf" S. 29 ff. und in diesem Aufsatz III Ziff. 2 und 3, wo der von Then nicht scharf auseinandergehaltene Unterschied zwischen arglistigem Verschweigen und arglistiger Täuschung dargelegt ist.

Ich will nun an der Hand der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts die Frage eingehender erörtern.

III.

Besteht für den Verkäufer eines Tieres eine Rechtspflicht, dem Käufer des Tieres einen Nichthauptmangel anzugeben?

1. Das Reichsgericht hat wiederholt den Grundsatz ausgesprochen:

„Nach der Verkehrsauffassung darf der Käufer von dem Verkäufer kein Offenbaren aller Umstände, die für seine — des Käufers — Entscheidung erheblich sein können, erwarten; vielmehr ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob nach der Verkehrsauffassung der Käufer von dem Verkäufer das Offenbaren eines dem Verkäufer bekannten, dem Käufer unbekannten Umstandes, der für die Entscheidung des Käufers von Erheblichkeit sein könnte, erwarten durfte." (cf. die unter II zit. Entsch. des RG.)

Auch in einer Entscheidung des RG. vom 3. Febr. 1904 (JW. S. 167 Ziff. 6) wird eine allgemeine Offenbarungspflicht verneint und ausdrücklich anerkannt, daß die Frage, ob arglistiges Verschweigen vorliege, nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beantworten sei.

2. Das RG. hat — und das ist sehr zu beachten — diese Grundsätze ausgesprochen vom Standpunkt des **allgemeinen** Gewährschaftsrechtes aus. In den vom RG. behandelten Fällen haftet der Verkäufer schon kraft Gesetzes, und zwar auch dann, wenn er einen Mangel nicht arglistigerweise verschwiegen hat, wenn nur der Mangel ein erheblicher im Sinne des § 459 BGB. ist. Das arglistige Verschweigen des Mangels bietet dem Käufer nur **erhöhte Rechtsbehelfe** (§ 463 BGB.) und gewährt ihm eine **längere Verjährungsfrist** (§ 477 BGB.). Das arglistige Verschweigen endlich gewährt nur die Rechtsbehelfe der **Wandelungsklage** gemäß §§ 459 ff., durch welche das an sich zu Recht bestehende Kaufgeschäft erst aufgehoben werden muß oder, wenn der Käufer die Wandelung nicht will, die Rechtsbehelfe der Schadensersatzklage (§ 463 BGB.).

3. Das arglistige Verschweigen allein berechtigt also niemals zu einer Anfechtung nach § 123 BGB. Diese Gesetzesbestimmung setzt eine **arglistige Täuschung** voraus.

Wegen **arglistiger Täuschung** kann der Käufer das Geschäft nur dann anfechten, wenn er nachweist, daß er durch die Täuschung mitveranlaßt wurde, den Kauf abzuschließen. Es wird also ausdrücklich Kausalzusammenhang

zwischen der Täuschungshandlung und dem Kaufsabschluß verlangt.

Beim arglistigen Verschweigen ist es anders. Die an das Vorhandensein des arglistigen Verschweigens geknüpften Rechtsbehelfe — aber nur diese — (cf. vor. Ziff. 2) stehen dem Käufer auch dann zu, wenn er nicht durch das arglistige Verschweigen zum Kaufsabschluß bestimmt wurde.

Die Erfordernisse der arglistigen Täuschung sind also größere als die des arglistigen Verschweigens.

Diese Grundsätze kommen auch zum Ausdruck in einer Entsch. d. RG. vom 20. April 1906, „Das Recht" Jahrg. 1906 Nr. 10 S. 617 Nr. 1455. Diese Entscheidung besagt: „In dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß das Erfordernis der arglistigen Verschweigung des Mangels nach § 477 BGB., um den Eintritt der Verjährung zu verhindern, ein ganz anderes, und zwar ein geringeres ist, als die Voraussetzung des § 123 BGB., daß insbesondere eine Täuschung hier nicht erforderlich ist und auch nicht, daß Arglist des Gegenkontrahenten für den Abschluß des Vertrages auf Seite des Klägers bestimmend gewesen ist."

4. Wenn wir nun auf die Grundsätze des Viehgewährschaftsrechtes zurückgehen, so finden wir: Der Verkäufer eines Tieres haftet nur für Hauptmängel. Für andere als in der kaiserlichen Verordnung aufgeführte Mängel haftet der Verkäufer überhaupt nicht, mögen diese Mängel noch so erheblich sein.

Eine Haftung für andere als Hauptmängel ist nur dann gegeben, wenn der Käufer diese Haftung ausdrücklich verlangt und der Verkäufer diese Haftung übernommen hat, wenn, kurz gesagt: die Haftung für diesen Nichthauptmangel zum Vertragsinhalt geworden ist (cf. meine Ausführungen in meinem „Viehkauf" § 492 S. 223 ff.).

Uebernimmt der Verkäufer eines Tieres die Haftung für andere als Hauptmängel nicht, dann weiß der Käufer ohne weiteres, daß der Verkäufer ihm für andere als Hauptmängel nicht haftet.

Das RG. geht von dem Gedanken aus: Der Verkäufer haftet gemäß § 459 BGB. für alle Mängel, welche den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Obwohl diese Haftung des Verkäufers für alle diese eben näher qualifizierten Mängel besteht, so ist der Verkäufer doch nicht verpflichtet, ihm bekannte, dagegen dem Käufer unbekannt gebliebene Mängel zu offenbaren; dieses Prinzip erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn im konkreten Falle nach der allgemeinen Verkehrsauffassung, nach Treu und Glauben im Verkehr der Käufer eine Aufklärung erwarten durfte.

Wenn nun das RG. für das allgemeine Gewährschaftsrecht, wo der Verkäufer schon kraft Gesetzes für alle erheblichen Mängel haftet, die Offenbarungspflicht im Prinzip verneint, dann ist die Offenbarungspflicht um so mehr zu verneinen für das Gebiet des Viehgewährschaftsrechtes, nach welchem der Verkäufer nur für Hauptmängel, nicht aber für irgendwelche andere Mängel haftet.

Es ist deshalb für das Viehgewährschaftsrecht der Satz aufzustellen: der Verkäufer haftet für Nichthauptmängel nicht, er ist deshalb auch nicht verpflichtet, etwa vorhandene Nichthauptmängel dem Käufer zu offenbaren. Verschweigt der Verkäufer beim Handel einen Nichthauptmangel, so handelt er nicht arglistig im Sinne des Gesetzes.[1])

Arglistiges Verschweigen kann im Viehhandel nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden, denn nur für diese wird kraft Gesetzes gehaftet.

Nur das arglistige Verschweigen von Hauptmängeln gewährt die an den Tatbestand des arglistigen Verschweigens geknüpften Rechtsbehelfe.

IV.

Für Nichthauptmängel haftet der Verkäufer, abgesehen vom Falle der besonderen Zusicherung, nur dann, wenn er den Käufer arglistigerweise über das Vorhandensein von Nichthauptmängeln getäuscht hat. Zur Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. ist aber erforderlich: Einmal: Eine Täuschung des Käufers durch den Verkäufer. Eine Täuschung ist regelmäßig anzunehmen, wenn z. B. der Verkäufer die Frage, ob das Tier gesund sei, bejaht, obwohl er weiß, daß das Tier an irgendeiner erheblichen Krankheit leidet. Sodann aber: Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und dem Kaufsabschluß.

Wie ich bereits unter II ausgeführt habe, kann die Täuschung auch durch ein arglistiges Verschweigen ausgeübt werden. Es kommt eben immer auf die Umstände des einzelnen Falles an.

Die Frage, ob arglistige Täuschung vorliegt oder nicht, kann auch sehr von Bedeutung sein wegen der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes. Gemäß § 23 des GVG. sind die Amtsgerichte zwar sachlich zur Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten wegen Viehmängel ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag wegen arglistiger Täuschung über einen Nichthauptmangel angefochten wird (cf. Seuff. Arch. Bd. 52 Nr. 112 S. 204 ff.).

Wenn nun für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung das Amtsgericht zweifellos

[1]) Zustimmend: Entsch. des OLG. Augsburg vom 16. April 1903, Rspr. d. OLG. Bd. 8, 73.



sachlich zuständig ist, so kann doch die **örtliche** Zuständigkeit des Amtsgerichts nicht begründet werden durch Bezugnahme auf § 29 ZPO., den Gerichtsstand des Erfüllungsortes; bei der Wandelungsklage dagegen ist es anders. Diese kann nach der bekannten Rechtsprechung des RG. am Gerichtsstand des § 29 ZPO. erhoben werden (vgl. die Ausführungen in meinem „Viehkauf" S. 25 ff. und 28 Note e).

Liegt arglistige Täuschung vor, dann ist das Geschäft von Anfang an nichtig im Gegensatz zu der Wandelungsklage, durch welche das an sich zu Recht bestehende Rechtsgeschäft erst aufgehoben werden muß (vgl. Ausführ. in meinem „Viehkauf" S. 32).

Es hat der Käufer im Falle einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung alle Erfordernisse der §§ 123 ff., insbesondere die Frist des § 124 BGB. zu beachten.

V.

Standpunkt der Praxis. Auf dem von mir vertretenen Standpunkt steht auch die Gerichtspraxis.

1. Ich verweise auf das von mir unter III. zitierte Urteil des OLG. Augsburg vom 16. April 1903.

2. Auf ein Urteil des LG. Stendal vom 14. November 1905, abgedruckt in Nr. 3 der Zeitung der Anwaltskammer im OLGBez. Naumburg 1906.

3. Das Landgericht Bremen hat sich in einer mir eben zugegangenen Entscheidung vom 5. Oktober 1906 in Sachen Fränkel contra Behrens S. 212, 1906 vollständig auf den von mir vertretenen Standpunkt gestellt.

Mitteilungen aus der Praxis.

Gefängnisstrafe trotz qualifizierten Meineids (§ 154 Abs. 2 StGB.)? Die Angeklagten waren des Meineids angeklagt. Die Geschworenen verneinten die auf Meineid gerichteten Hauptfragen, bejahten dagegen die auf fahrlässigen Falscheid gestellten Hilfsfragen. Die Angeklagten, nicht auch die Staatsanwaltschaft, legten Revision ein. Da das Urteil, soweit es von der Anklage des Meineids freisprach, nicht angefochten wurde, so beschritt es nach Ansicht der Mitangeklagten Sch. in diesen Grenzen die Rechtskraft. Rechtshängig blieb das Strafverfahren auf Grund der Einlegung des Rechtsmittels noch als ein Strafverfahren wegen fahrlässigen Falscheides. Da das Vergehen des § 163 StGB. zur Zuständigkeit der Strafkammern gehört, so beantragte die Mitangeklagte Sch., unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Schwurgerichts die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Strafkammer zurückzuverweisen. Das Reichsgericht hob das Urteil des Schwurgerichts auf, verwies jedoch entgegen dem Revisionsantrage die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Schwurgericht zurück.

Der 3. Strafsenat des Reichsgerichts begründete dies Urteil vom 30. Dezember 1905, $\frac{3.\ D.\ 971\,05}{X.\ 4414}$ wie folgt:

„Die Revision der Mitangeklagten Sch. will das Urteil nur insoweit aufgehoben sehen, als die Angeklagte sich eines fahrlässigen Falscheides schuldig gemacht haben solle, und scheint dadurch namentlich die wiederholte Erörterung der Anklage wegen wissentlichen Meineides ausschließen und die Verneinung der darauf bezüglichen Hauptfrage als gewissermaßen rechtskräftig hinstellen zu wollen. Eine derartige Trennung hinsichtlich der Schuldfrage ist indes unzulässig. Der Eröffnungsbeschluß lautet auf wissentliche Verletzung des Zeugeneides. Dementsprechend sind die Hauptfragen 2 und 5 gegen die Angeklagten auf das Verbrechen aus § 154 des StGB. abgestellt und sind den Geschworenen auf Antrag des Verteidigers zu demselben Anklagepunkt noch weitere auf fahrlässigen Falscheid gerichtete Hilfsfragen, die Fragen 3 und 6, vorgelegt. Gleichmäßig bezüglich beider Angeklagten sind die Fragen 2 und 5 verneint, die Fragen 3 und 6 bejaht und es hat sich das Urteil des Schwurgerichts zutreffend darauf beschränkt, nur eine Verurteilung zu Strafe wegen fahrlässigen Falscheides auszusprechen. In Wirklichkeit handelt es sich bei diesen verschiedenen Fragen und ihrer Beantwortung lediglich um die Beurteilung ein und derselben Tat aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten. Es kann aber die Entscheidung der Schuldfrage hinsichtlich derselben Tat nur eine einheitliche sein, und muß deswegen eine **teilweise** Aufhebung der die Schuldfrage betreffenden Feststellungen für ausgeschlossen erachtet werden (vgl. Entsch. d. RG. in StS. Bd. 2 S. 289; Goltdammer, Archiv für Strafrecht Bd. 42 S. 408). Dieser Grundsatz ist auch abweichend von früheren Urteilen des jetzt erkennenden Senats vom 3. November 1880 (Rechtspr. d. RG. Bd. 2 S. 437) und vom 26. Januar 1898 (Goltdammers Archiv Bd. 46 S. 118) für das schwurgerichtliche Verfahren als maßgebend anzuerkennen (vgl. Entsch. d. RG. in StS. Bd. 4 S. 190, insbesondere Schlußsatz, Bd. 11 S. 418 Schlußsatz, Bd. 25 S. 321, Bd. 33 S. 94 ff. insbesondere S. 98 Abs. 2). Dem mit der Sache künftig befaßten Gericht kann die **allseitige** Würdigung der Tat nicht vorenthalten werden und mußte daher das Urteil, in betreff des Straffalles, welchen die Revision und der von ihr angefochtene Teil des Urteils betrifft, also auch hinsichtlich der Anklage wegen wissentlichen Meineides, der Aufhebung unterliegen. Die Sache war demnach an das Schwurgericht zurückzuverweisen, welches abermals die Anklage in ihrem ganzen Umfange zu prüfen haben wird, wegen des Strafmaßes aber an die Bestimmung des § 398 Abs. 2 der StPO. gebunden ist."

Dieses Urteil eröffnete die Möglichkeit, daß in der neuen Schwurgerichtsverhandlung die Geschworenen die auf Meineid gestellten Hauptfragen bejahten. Damit war weiter auch die Möglichkeit gegeben, daß die Nebenfrage nach den straferhöhenden Tatumständen des § 154 Abs. 2 StGB. bejaht wurde. An sich wäre dann eine Zuchthausstrafe von nicht unter drei Jahren verwirkt: wegen des Verbots der reformatio in pejus dürfte jedoch nicht über die in dem aufgehobenen Urteil erkannte, vielleicht sehr niedrige Gefängnisstrafe hinausgegangen werden.

Eine nähere Würdigung, ob die Entscheidung begründet ist, erübrigt sich. In den oben angeführten Urteilen finden sich die Gründe und die Gegengründe. Besonders interessant ist die Darlegung der Gegengründe in den Urteilen v. 3. November 1880 (Rechtspr. Bd. II S. 440 ff.) und vor allem vom 17./26. Januar 1898 (Goltdammers Archiv Bd. 46 S. 118 f.), wobei bemerkt werden mag, daß nicht bloß diese beiden Urteile von dem auch im vorliegenden Falle erkennenden 3. Strafsenat herrühren, sondern auch unter den früheren Urteilen, die für den nunmehr gebilligten Gegenstandpunkt angeführt werden, die vom 30. Juni 1880 (Entsch. Bd. II S. 289 ff.) und vom 21. Mai 1881 (Entsch. Bd. IV S. 190 ff.).

Das Reichsgericht kommt, um es kurz zu kennzeichnen, zur Aufhebung des Urteils in seinem ganzen Umfange, „weil die Strafprozeßordnung davon ausgeht, daß eine zur Anklage gestellte Tat ihrem ganzen Inhalte nach zum Gegenstand einer und derselben Entscheidung gemacht werden soll" (Entsch. Bd. IV S. 192 Schlußsatz).[1] „Daß diejenigen Feststellungen, welche bestimmt sind, die Schuldfrage hinsichtlich einer einzelnen bestimmten Straftat zu beantworten, nicht, der Vorschrift des § 393 Abs. 2 zufolge, einer bloß teilweisen Aufhebung unterliegen sollen, ergibt sich grundsätzlich aus der inneren Unteilbarkeit der Schuldfrage als solcher und daraus, daß die einzelnen Stadien der Beweiserhebung sich notwendig einander beeinflussen und nur in ihrer Gesamtauffassung zu einem richtigen Spruche führen können —" (Entsch. Bd. II S. 291).

Ich halte die für die Aufhebung des ganzen Urteils vom Reichsgericht in den verschiedenen Entscheidungen angeführten Gründe nicht für zwingend, vielmehr trete ich den besonders in dem Urteile vom 26. Januar 1898 dargelegten Gegengründen bei. Die Frage ist selbst in Fällen, wie dem hier erörterten, also trotz des § 398 Abs. 2 StPO., mehr als eine bloß juristisch-technische. Die praktische Bedeutung erhellt zunächst schon im Hinblick auf die Kosten des Verfahrens.

Die Angeklagten würden, falls in der neuen Verhandlung wieder eine Verurteilung ausgesprochen werden sollte, bei einer Aburteilung durch die Strafkammer weit besser fahren. Infolge ihrer Besetzung mit nur fünf Berufsrichtern und infolge ihrer leichteren Beweglichkeit arbeitet die Strafkammer an und für sich schon mit einem für die Verurteilten geringeren Kostenaufwand. Weiter aber pflegt auch, wie die Erfahrung zeigt, die Hauptverhandlung vor der Strafkammer in einem erheblich schnelleren Tempo gehalten zu werden.

Die Unhaltbarkeit der oben besprochenen Verwertung des Rechtsgedankens von der Einheitlichkeit der Tat und von der inneren Unteilbarkeit der Schuldfrage ergibt sich m. E. schlagend aus einer anderweiten Konsequenz, wie sie in dem vom 3. Strafsenat selbst herangezogenen Urteile des 4. Strafsenats vom 26. Januar 1900 (Entsch. Bd. 33 S. 94 ff.) gezogen worden ist. Dort hatte die Angeklagte gestanden, daß sie ihr uneheliches Kind in den Wassergraben, in dem die Leiche später gefunden ist, gelegt habe, zuerst auf den Rücken, dann auf den Mund, um das Kind los zu werden. Den Geschworenen wurden Schuldfragen wegen Mordes, wegen Totschlags und wegen Aussetzung mit tödlichem Erfolge vorgelegt, und zwar so, daß jede nachfolgende Frage durch Verneinung der vorausgestellten bedingt war. Die Geschworenen erklärten unter Verneinung der übrigen Fragen die Angeklagte der Aussetzung mit tödlichem Erfolge schuldig. Der Gerichtshof aber war „einstimmig der Ansicht, daß die Geschworenen sich in der Hauptsache zum Nachteile der Angeklagten geirrt haben. Er verweist daher die Sache zur neuen Verhandlung vor das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode." In der neuen Hauptverhandlung wurden dieselben Fragen gestellt. Und nun: die Geschworenen bejahen jetzt die Frage wegen Totschlags! Es mußte danach, da mildernde Umstände nicht angenommen waren, gegen die Angeklagte nach § 212 StGB. auf eine Strafe von mindestens fünf Jahren Zuchthaus erkannt werden, während sie nach dem früheren Schwurgerichtsurteile wegen Aussetzung mit tödlichem Erfolge nach § 221 Abs. 3 StGB. mit einer Strafe von drei Jahren hätte davonkommen können. Und das Reichsgericht hat, da von seinem Standpunkte aus die Einheitlichkeit der Tat und die Unteilbarkeit der Schuldfrage zur Folge hatte, daß „der kassierte Spruch für die spätere Verhandlung und Entscheidung ohne jede bindende Wirkung" war, die gegen das Urteil eingelegte Revision verworfen!

Rechtsanwalt Dr. Böckel in Jena.

Die Formbedürftigkeit einer als Handelsgeschäft vorgenommenen Hypothekabtretung nach bayerischem Hypothekenrecht. Ein Bankier wollte in seinem Geschäftsbetrieb eine Anzahl durch Hypothek gesicherter Geschäftsaußenstände eines anderen Bankgeschäftes erwerben und erkundigte sich bei dem Hypothekenamte N., ob es die Umschreibung der Hypotheken im Hypothekenbuche von der notariellen Beurkundung der Abtretungserklärung abhängig mache. Nach der Meinung, die in der Ausgabe des Hypothekengesetzes von Gütl und von Henle (5. Auflage 1904) unter Berufung auf eine Entscheidung des Obersten Landesgerichts (a. S. XVI, 541) vertreten wird — vgl. Anm. 1 zu § 53 —, wäre hier, wo die Abtretung zweifellos ein Handelsgeschäft ist, notarielle Beurkundung allerdings nicht notwendig. Das Hypothekenamt glaubte diese trotzdem fordern zu müssen und zwar aus folgenden Gründen.

Die angeführte Entscheidung des Obersten Landesgerichts, die am 18. Dezember 1897 ergangen ist, stützt sich auf die in Art. 317 ADHGB. enthaltene Bestimmung über die Formfreiheit der Handelsgeschäfte; die Formvorschrift in Art. 14 des NotG. von 1861 sei keine absolute und ausnahmslose, sondern könne nach ihrem Umfang, ihrer Tragweite nur im Zusammenhang mit den gesamten übrigen Normen des bürgerlichen Rechtes einschließlich des Handelsrechtes gewürdigt werden.

Inzwischen ist der Art. 317 ADHGB. mit der Einführung des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 außer Kraft getreten. Das neue Handelsgesetzbuch enthält keine Bestimmung gleichen Inhaltes. Was der Art. 317 für Handelsgeschäfte vorgeschrieben hat,

[1]) Vgl. Entsch. Bd. 25 S. 323 Schlußsatz: „Bei der Einheitlichkeit der Tat, von welcher die Fragestellung ausgeht, war demgemäß das angefochtene Urteil seinem ganzen Umfange nach nebst allen demselben zugrunde liegenden Feststellungen, d. i. dem ganzen Wahrspruche der Geschworenen, aufzuheben."

gilt jetzt ohne ausdrückliche Bestimmung für unser ganzes bürgerliches Recht: Rechtsgeschäfte sind formfrei, soweit nicht ihre Gültigkeit ausnahmsweise durch eine besondere gesetzliche Vorschrift von der Beobachtung einer Form abhängig gemacht ist. Soweit aber solche Formvorschriften bestehen, gelten sie, mögen sie nun dem Reichsrecht oder dem in Geltung gebliebenen Landesrecht angehören, ohne Rücksicht darauf, ob ein Geschäft Handelsgeschäft ist oder nicht (vgl. zur Bestätigung der Regel die Ausnahmebestimmung in § 350 HGB.). Wo das Grundbuch für angelegt erklärt ist, unterliegt die Uebertragung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, auch wenn sie ein Handelsgeschäft ist, allen Bestimmungen des neuen Liegenschaftsrechtes. Wo dagegen im Geltungsgebiete des Notariatsgesetzes von 1861 das Grundbuch noch nicht für angelegt erklärt ist, da erfolgt gemäß Art. 189 EG. z. BGB. die Uebertragung von Hypotheken „nach den bisherigen Gesetzen", also gemäß Art. 14 NotG. in notarieller Form und zwar, da die Tragweite dieses Artikels durch den aufgehobenen Art. 317 ADHGB. nicht mehr eingeengt ist, auch dann, wenn die Uebertragung ein Handelsgeschäft ist. Der Ausdruck „nach den bisherigen Gesetzen" darf nicht etwa so ausgelegt werden, als ob damit für die Uebertragung von Rechten an Grundstücken der ganze bisherige Rechtszustand und mit ihm für die Uebertragungen, die Handelsgeschäfte sind, auch der Art. 317 des ADHGB. aufrecht erhalten geblieben wäre. Nur auf die sachenrechtlichen Bestimmungen des alten Rechtes bezieht sich der Vorbehalt des Art. 189; die allgemeinen Vorschriften des neuen bürgerlichen Rechtes über Rechtsgeschäfte sind ohne Rücksicht darauf, ob das Grundbuch für angelegt erklärt ist oder nicht, auch für die Uebertragung von Rechten an Grundstücken an die Stelle des alten Rechtes getreten. Unter diesen Vorschriften aber findet sich keine Bestimmung, die, wie seinerzeit der Art. 317 ADHGB., der Anwendung des Art. 14 NotG. auf handelsgeschäftliche Hypothekübertragungen entgegenstünde.

Amtsrichter Eckert in Nürnberg.

Widerspruch im Verteilungsverfahren. Zu §§ 115, 124 ZwVG. und § 878 ZPO. Es ist zuweilen die Beobachtung zu machen, daß das Versteigerungsgericht die Vorschriften über die Behandlung eines gegen den Teilungsplan im Zwangsversteigerungsverfahren erhobenen Widerspruchs nicht richtig anwendet. Zuweilen wird ein Widerspruch ohne ersichtlichen Grund ganz unberücksichtigt gelassen; manchmal geschieht dies geflissentlich deshalb, weil das Vollstreckungsgericht ihn (sachlich) für unbegründet erachtet. Dann unterbleibt natürlich auch die in § 124 ZwVG. vorgesehene Eventualverteilung. Das unrichtige Verfahren ruft nach verschiedener Richtung Zweifelsfragen hervor, z. B. die, ob auch bei Nichtberücksichtigung des Widerspruchs im Teilungsplane die Frist für die Widerspruchsklage nach § 878 Abs. 1 der ZPO. vom Terminstage zu laufen beginnt? In einem zu den nachstehenden Erörterungen Anlaß gebenden Falle hatte das Amtsgericht einen Widerspruch als sachlich unbegründet zurückgewiesen und bei der Verteilung des Erlöses unberücksichtigt gelassen. Auf sofortige Beschwerde stellte das Landgericht das Verfahren richtig und ordnete die eventuelle Verteilung gemäß § 124 ZwVG. an. Inzwischen war die Monatsfrist des § 878 Abs. 1 der ZPO. abgelaufen, ohne daß zur weiteren Verfolgung des Widerspruchs Klage erhoben worden war, und deshalb glaubte nunmehr das Amtsgericht, die Ausführung und weitere Beachtung des landgerichtlichen Beschlusses ablehnen zu dürfen. Das ist unzulässig und die oben aufgeworfene Frage ist zu verneinen. Hierüber äußert sich ein Beschluß des FerZS. des OLG. Dresden vom 5. September 1906 ungefähr in folgender Weise:

„Im § 115 Abs. 1 S. 2 ZwVG. werden die §§ 876—882 ZPO. zur entsprechenden Anwendung berufen. Sie betreffen das Verteilungsverfahren bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, wenn dort ein Geldbetrag hinterlegt ist, der zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht ausreicht. Dort wird nach Ablauf einer zweiwöchigen Anmeldefrist vom Gericht ein Teilungsplan angefertigt, der die Verteilung der baren Teilungsmasse regelt. Zur Erklärung darüber, sowie zur Ausführung bestimmt es einen Termin und lädt dazu die Beteiligten; auch hat es spätestens drei Tage vor dem Termin den Plan zur Einsicht der Beteiligten in der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Wenn vor oder im Termin kein Widerspruch gegen den Plan erhoben worden ist, hat es bei der darin vorgesehenen Verteilung sein Bewenden und es erfolgt die sofortige Ausführung. (§ 876 Abs. 1 S. 1 der ZPO.). Liegt ein Widerspruch vor, so hat sich jeder dabei Beteiligte sofort im Termin zu erklären (§ 876 Abs. 1 S. 2). Gelingt es, den Widerspruch durch gütliche Einigung zu erledigen, so wird der Plan berichtigt und ausgeführt (§ 876 Abs. 1 S. 3). Wenn sich dagegen der Widerspruch nicht gütlich erledigen läßt, so muß die Ausführung des Plans insoweit, als er durch den Widerspruch betroffen wird, unterbleiben (§ 876 Abs. 1 S. 4); es muß in der Schwebe bleiben, ob der Geldbetrag dem im Plane berücksichtigten Gläubiger oder dem Widersprechenden auszuzahlen ist, und das Geld muß wegen dieser Ungewißheit bis auf weiteres hinterlegt bleiben. Die Entscheidung des durch den Widerspruch hervorgerufenen Streits liegt nicht in den Händen des Vollstreckungsgerichtes, sondern ist im Wege der Klage durch das Prozeßgericht herbeizuführen. Um den Schwebezustand nicht unnötig lange dauern zu lassen, wird dem widersprechenden Gläubiger durch § 878 Abs. 1 die Pflicht auferlegt, ohne Aufforderung binnen einer Monatsfrist, die mit dem Terminstage beginnt, dem Gericht nachzuweisen, daß er gegen die beteiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Die Versäumung der Frist bewirkt nicht, daß er seines etwaigen besseren Rechts verlustig geht (§ 878 Abs. 2), sondern hat nur zur Folge, daß sein Widerspruch die Ausführung des Plans nicht weiter hemmt. Sie beseitigt nur die Suspensivwirkung des Widerspruchs. Die Vorschrift des § 878 Abs. 1 S. 1 hat mithin ausschließlich für die Frage Bedeutung, ob der infolge des Widerspruchs geschaffene Schwebezustand länger als einen Monat aufrecht zu erhalten sei oder nicht. Sie setzt voraus, daß der Widerspruch prozeßordnungsmäßig berücksichtigt und damit ein Schwebezustand geschaffen worden ist. Sie kann aber nicht ohne weiteres zur Anwendung kommen, wenn ein vom Gesetz abweichendes Verfahren eingeschlagen und ein Widerspruch zu Unrecht unbeachtet gelassen worden ist.

Das zeigt sich noch deutlicher im Verteilungsverfahren bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke, für welches die §§ 876—882 entsprechend angewendet werden sollen. Für die entsprechende Anwendung ist u. a. zu beachten, daß bei der Verteilung im Mobiliarvollstreckungsverfahren der Versteigerungserlös immer bar vorhanden ist, während dies bei der Immobiliarvollstreckung nicht der Fall zu sein braucht und daß bei der letzteren nach § 124 des ZwVG. im Falle eines Widerspruchs durch den Plan selbst fest-

zustellen ist, wie der streitige Betrag verteilt werden soll, wenn der Widerspruch für begründet erklärt wird. Auch hier hat, wie in den Fällen der §§ 872 ff. der ZPO., das Vollstreckungsgericht die Pflicht, einen Widerspruch im Verteilungstermin zur Verhandlung zu ziehen und die Herbeiführung einer Einigung zu versuchen. Gelingt dies, so ist der Plan zu ändern und dann gemäß §§ 117 ff. ZwVG. auszuführen. Gelingt es nicht, so muß nach § 124 ZwVG. festgestellt werden, wie der streitige Betrag verteilt werden soll, wenn der Widerspruch (vom Prozeßgericht) für begründet erklärt wird. Weiter aber gestaltet sich auch die Ausführung des Plans teilweise anders, als in den Fällen der §§ 872 ff. ZPO. Solange der Widerspruch unerledigt ist, werden der im Plane berücksichtigte und der widersprechende Gläubiger so behandelt, als ob der erstere nur einen bedingten Anspruch hätte (§ 124 Abs. 2 ZwVG.). Ist die Erstehungssumme vom Ersteher bar berichtigt, so ist der streitige Betrag zunächst für beide Streitteile als Streitmasse zu hinterlegen. Hat der Ersteher nicht gezahlt, so ist die Forderung gegen ihn in Höhe des streitigen Betrags dem erstberechtigten Gläubiger unter der Bedingung, daß der Widerspruch nicht für begründet erklärt wird, und dem Widersprechenden unter der entgegengesetzten Bedingung zu übertragen. Es wird so wieder ein Schwebezustand geschaffen, für dessen Beendigung oder Verlängerung entscheidend ist, ob der widersprechende Gläubiger binnen Monatsfrist die Klagerhebung dem Vollstreckungsgericht nachweist, ohne daß die Versäumung der Frist seinem besseren Recht endgültig Abbruch tut. Hat hiernach die entsprechende Anwendung der Vorschrift in § 878 Abs. 1 S. 1 ihrer inneren Bedeutung nach wiederum die prozeßordnungsmäßige Behandlung des Widerspruchs gemäß §§ 115, 124 ZwVG. und § 876 ZPO. zur Voraussetzung, so kommt hier hinzu, daß die eventuelle Berücksichtigung des Widerspruchs im Teilungsplane auch für die Richtung der Widerspruchsklage selbst von maßgebender Bedeutung ist. Im Hinblick auf § 124 ZwVG. wird im Regelfalle der Klagantrag darauf zu richten sein, daß der Widerspruch für begründet erklärt werde und das darauf ergehende Urteil wird, wenn es dem Kläger beitritt, sich auf diesen Ausspruch zu beschränken haben. Es ist aber auch möglich, daß die gemäß § 124 vorgesehene Eventualverteilung den Widersprechenden nicht befriedigt und daß er eine andere Verteilung begehrt. In diesem Falle muß er im Klagantrag bestimmt angeben, in welcher Weise er die im Plane vorgesehene Verteilung und Eventualverteilung abgeändert haben will (vgl. die Kommentare zum ZwVG. von Fischer-Schäfer zu § 115 Bem. 3b S. 413, Jäckel S. 421 unter a, von der Pfordten zu § 115 Bem. 3b S. 347 und Reinhard zu § 115 Bem III 5a S. 57). Auch hieraus ergibt sich, daß die dem Widersprechenden in § 878 ZPO. aufgegebene Klage und die für deren Erhebung angeordnete Frist ein Verteilungsverfahren voraussetzt, bei welchem sein Widerspruch eine prozeßordnungsmäßige Behandlung erfahren hat.

Hier hat das Amtsgericht den Widerspruch unbeachtet gelassen, weil es ihn nicht für begründet angesehen hat, worüber es gar nicht zu befinden hatte, und den Teilungsplan ohne Rücksicht auf den Widerspruch aufgestellt und ausgeführt. Ein Schwebezustand, für dessen Beendigung oder Fortdauer die Klagerhebung von Einfluß sein könnte, ist nicht geschaffen, die in § 124 vorgeschriebene Eventualverteilung nicht vorgesehen worden. Das alles ist erst auf die sofortige Beschwerde durch den Beschluß des Landgerichts geschehen. Deshalb aber kann die Frist des § 878 Abs. 1 ZPO. nicht schon mit dem Verteilungstermin zu laufen beginnen. Vielmehr weist die entsprechende und sinngemäße Anwendung jener Vorschrift darauf hin, daß der Fristenlauf erst beginnen kann, nachdem die notwendigen Vorbedingungen durch die vom Landgericht angeordnete Ergänzung des Teilungsplans geschaffen worden sind."

Diesen Ausführungen des OLG. ist nur noch folgendes hinzuzufügen. Es darf nicht dagegen eingewendet werden, daß bei fehlender Berücksichtigung des Widerspruchs im Teilungsplane nichts hindere, die Widerspruchsklage gleichwohl sofort zu erheben, weil ja der Klagantrag nicht notwendig dahin zu gehen brauche, den Widerspruch für begründet zu erklären, sondern selbständig angeben könne, was der Widersprechende begehre. Das ist ganz gewiß richtig. Aber darum handelt es sich nicht. Die Frage ist nicht, ob in jenem Falle die Widerspruchsklage in einer vom Terminstag an beginnenden Monatsfrist erhoben werden **kann**, sondern, ob sie zur Vermeidung des im § 878 Abs. 1 S. 2 ausgesprochenen Präjudizes in dieser Frist erhoben werden **muß**. Und hierfür ergeben eben die vorstehenden Ausführungen, daß das Gesetz bei der Vorschrift des § 878 Abs. 1 den Fall der Nichtberücksichtigung des Widerspruchs **nicht** im Auge gehabt hat. Für diesen Fall fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift (selbstverständlich; denn das Gesetz kann doch nicht für die Fälle prozeßordnungs**widrigen** Verfahrens besondere Bestimmungen vorsehen!). Der innere Grund und Zusammenhang der für prozeßordnungsmäßiges Verfahren gegebenen Vorschrift führt aber notwendig zu der Schlußfolgerung, die sich in den letzten Sätzen des mitgeteilten oberlandesgerichtlichen Beschlusses ausgesprochen findet.

Oberlandesgerichtsrat Reinhard in Dresden.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 1400 u. 779 BGB. Vergleich. Abtretung der Forderung auf Rückzahlung einer Kaution. Tatbestand: Der Beklagte trat seinen Anspruch auf Rückzahlung einer der Klägerin gestellten Kaution von 3000 Mk. an seine Ehefrau, die Beklagte, ab. Diese setzte am 14. Januar 1902 die Klägerin von der Abtretung mit der Aufforderung zur Rückzahlung der Kaution in Kenntnis. Die Klägerin weigerte sich zu zahlen, weil die Forderung des Beklagten durch Verrechnung mit einer Schuld erloschen sei, und erhob Klage auf Feststellung, daß den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung der Kaution nicht zustehe. Das Landgericht verurteilte die Beklagten durch Urteil vom 6. Februar 1905 nach dem Klageantrage. Berufung und Revision wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die von der Revision bemängelte Zulässigkeit der Klage gegen den beklagten Ehemann wurde von den Vorderrichtern im Hinblick auf die Vorschrift des § 1400 Abs. 2 BGB. mit Recht bejaht. Diese umfaßt, obwohl sie sich dem Wortlaute nach nur auf Aktivprozesse der Frau bezieht, auch die gegen sie von einem Dritten erhobene negative Feststellungsklage, die ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht betrifft (vgl. Planck, BGB., 3. Aufl. § 1400 Note 1b). Die hier von der Frau in der Rolle der Beklagten geltend gemachte Kautionsforderung gehört zum eingebrachten Gut (§ 1363 Abs. 2 des BGB.). Die gleichzeitig gegen den Mann erhobene Klage ist daher auch gemäß § 1400 Abs. 1 a. a. O. für zulässig

zu erachten. Denn das in dem Rechtsstreite gegen die Frau allein ergehende Urteil würde dem Manne gegenüber, welcher der Führung des Rechtsstreites durch die Frau nicht zugestimmt hat, unwirksam sein und ihm das eigene Klagerecht aus § 1380 des BGB. nicht entziehen. Um den Rechtsstreit einheitlich gegenüber beiden Ehegatten zu erledigen, ist die Klage gegen beide zuzulassen.

Das Oberlandesgericht gelangt zu der Feststellung, daß der beklagte Ehemann von der Klägerin wegen einer Bürgschaftsverpflichtung mit der Maßgabe in Anspruch genommen worden sei, daß sich die Klägerin in Höhe von 3000 Mk. an die in ihrem Besitze befindliche Kaution halten dürfe, während der Ueberrest bar bezahlt werden solle. Das Oberlandesgericht stellt weiter fest, daß der Beklagte diesen Anspruch anerkennt und nur Stundung seiner Restschuld bis Ende September verlangt, die Klägerin aber die Stundung bewilligt habe. Es erblickt in diesem gegenseitigen Nachgeben einen Vergleich. Gegen dessen Rechtswirksamkeit wurde aus dem Umstande, daß der Beklagte die Kautionsforderung damals bereits an seine Frau abgetreten hatte, die Einrede des fehlenden Verfügungsrechts erhoben. Das OLG. weist diese Einrede deshalb zurück, weil es sich bei der Kautionsstellung um ein internes Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten und der Klägerin handele, dessen Wirkungen zum Nachteile der letzteren durch einseitige Verfügung nicht hätten beeinträchtigt werden können. Allein die Abtretung einer Kautionsforderung ist gesetzlich nicht verboten. Die Klägerin wurde durch die Abtretung in ihren Rechten an sich nicht beeinträchtigt, und die von ihr mit dem Beklagten nach der Abtretung über die Verrechnung der Kaution getroffene Vereinbarung band, sofern sie gültig war, gemäß § 407 Abs. 1 des BGB. auch die Beklagte, weil die Klägerin nach der Feststellung des Landgerichts, dessen Gründen das Oberlandesgericht insoweit beigetreten ist, frühestens im Oktober 1901 von der Abtretung der Forderung Kenntnis erhielt. Die Annahme des Oberlandesgerichts aber, daß jene Vereinbarung als Vergleich im Sinne des § 779 des BGB. aufzufassen sei und zugleich ein im Wege des Vergleiches erteiltes, also auch nach § 782 des BGB. trotz der mündlichen Form rechtswirksames Schuldanerkenntnis enthalte, das ein selbständiges Recht auf Erfüllung für die Klägerin begründe, ist nicht zu beanstanden. (Urt. v. 9. VI. 06, I 12/06.)

659 Kr.

II.

Die Uebertragung einer Forderung zum Zweck ihrer Einklagung ist nicht wirkungslos. Der Uebertragende ist, wenn der Zessionar die Forderung einklagt, nicht Partei und kann als Zeuge vernommen werden.

Aus den Gründen: M. ist der Bruder des Klägers, hat die Geschäfte unstreitig für sich und zugleich im Namen und Auftrage des Klägers abgeschlossen, war also Mitberechtigter und mitverpflichtet, und hat seine Rechte an den Kläger abgetreten, ohne daß ihm, wie er bekundet hat, ein Gegenwert für die Abtretung gegeben oder versprochen wurde; nach seiner Bekundung erwartet er aber eine entsprechende Ausgleichung, falls Kläger den Prozeß gewinnt und das Gewonnene erhält. Der Berufungsrichter entnimmt daraus, daß M. bei dem Ausgange des Rechtsstreites unmittelbar beteiligt, die Zession an den Kläger nur erfolgt sei, um diesen zur Geltendmachung auch der Rechte des M. zu legitimieren und das Auftreten des M. als Zeugen zu ermöglichen. Der Berufungsrichter hält es deshalb und weil der Zeuge der Bruder des Klägers ist, nicht für angemessen, den Zeugen zu beeidigen, erwägt aber, daß der persönlich vor dem Prozeßgericht vernommene Zeuge keinen ungünstigen Eindruck gemacht habe und seiner Aussage deshalb insoweit gefolgt werden könne, als sie durch weitere Umstände bestätigt werde. Das ist nicht zu beanstanden. Nach § 393 Abs. 2 der ZPO. konnte M. bei dieser Sachlage, mußte aber nicht als Zeuge beeidigt werden; das Prozeßgericht hatte darüber nach seinem Ermessen zu befinden und hat die Beeidigung nicht als angemessen befunden. Nach BGB. ist die Uebertragung (Abtretung) einer Forderung zu dem Zwecke, den Zessionar dem Schuldner gegenüber zur Einklagung der Forderung zu legitimieren, nicht wirkungslos. Nach § 409 des BGB. ist der Schuldner berechtigt, den als Zessionar auftretenden Gläubiger als Gläubiger anzusehen, und das Ergebnis des Rechtsstreites wirkt gegen den Zedenten wie gegen den Zessionar (Urt. v. 23. VI. 06, I 41/06).

658 Kr.

III.

Berechnung der Revisionssumme in dem Prozeß über eine einstweilige Verfügung. Aus den Gründen: Die Revision konnte schon deshalb keinen Erfolg haben, weil das Vorhandensein der Revisionssumme des § 546 ZPO. nicht glaubhaft gemacht ist. Für die Berechnung der Revisionssumme ist nicht, wie der Revisionskläger auszuführen versucht hat, das Interesse maßgebend, das der Kläger mit dem Hauptprozesse verfolgt, vielmehr entscheidet lediglich das Interesse, das der Kläger an dem Erlaß der von ihm beantragten einstweiligen Verfügung hat. Auch hier aber ist nicht die Zeit des Antrags in der ersten Instanz, sondern die der Revisionseinlegung maßgebend (RGE. Bd. 39 S. 397). Nicht zutreffend ist es dagegen, wenn die Revisionsbeklagte den Zeitpunkt der Urteilsverkündung in der Revisionsinstanz zugrunde legen will, denn die Verminderung des Beschwerdegegenstandes im Laufe der Revisionsinstanz kommt für die Zulässigkeit der Revision nicht in Betracht (RGE. Bd. 5 S. 387, JW. 1896, S. 283 Nr. 12, 13). Hiernach ist das Interesse maßgebend, das der Revisionskläger für die Zeit vom 21. Juni 1906, dem Zeitpunkte der Revisionseinlegung, bis zum 7. November 1906, dem Ablauf seines Patentrechts, an der Verhinderung des Vertriebes der H.schen Oefen durch die Beklagte hatte (Urt. v. 29. VIII. 06, I 317/06).

655 Kr.

IV.

Voraussetzungen der Restitutionsklage nach § 580 Ziff. 7b ZPO. Aus den Gründen: Das Oberlandesgericht weist die Restitutionsklage ab, weil sie auf Zeugen nicht gestützt werden könne, was unzweifelhaft richtig ist, und auf die beiden beigebrachten neuen Urkunden mit Erfolg nicht gegründet werden könne, da beide durch ihren Inhalt selbst nichts erweisen, was zu einer den Restitutionsklägern günstigeren Entscheidung führen könnte. Von den Ausführungen der Revision ist nur richtig, daß die Bedeutung neu vorgebrachter Urkunden für die Möglichkeit einer anderen günstigeren Entscheidung auch von dem Gesichtspunkte aus geprüft werden müsse, ob die Urkunde in Verbindung mit früher Vorgebrachtem, auch mit einer früheren Zeugenaussage, erheblich erscheine. Aber davon kann hier nicht die Rede sein. Die beiden neuen Urkunden sollen auch nicht in Verbindung mit der Aussage des Zeugen etwas beweisen, sondern die Glaubwürdigkeit des Zeugen erschüttern und seine Aussage beseitigen, d. h. dartun, daß er wissentlich oder fahrlässig falsch geschworen hat. Das kann aber nur auf dem im § 580 Nr. 3, § 581 Abs. 1 der ZPO. vorgeschriebenen Wege geschehen. Die vorliegende Restitutionsklage ist nichts, als ein Versuch, diesen Weg zu umgehen. Die Revision ist deshalb zurückzuweisen (Urt. v. 9. VII. 06).

657 Kr.

B. Strafsachen.

I.

Wie lange dauert die Wirkung des in der Hauptverhandlung geleisteten Zeugeneides? (§§ 60, 66 StPO.) Aus den Gründen: Der Zeuge B. ist während der Hauptverhandlung nach Beeidigung vernommen worden. Beim Schlusse der Beweisaufnahme wurde ihm mit Zustimmung aller Beteiligten gestattet, sich zu entfernen. Sodann wurden die den Geschworenen vorzulegenden Fragen verlesen und nach einer halbstündigen Pause wurden die Verhandlung und die Beweisaufnahme wieder aufgenommen und, wie es im Protokolle heißt, „der noch anwesende Zeuge B. vorgerufen und unter Hinweis auf den bereits geleisteten Eid vernommen". Wird ein Zeuge in derselben Hauptverhandlung wieder vernommen, so kommt eine nochmalige Beeidigung oder die Anwendung des § 66 StPO. nur in Frage, wenn die Vernehmung des Zeugen für die Hauptverhandlung in erkennbarer Weise ganz abgeschlossen war. Dies ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Zeuge endgültig von der Gerichtsstelle entlassen worden ist. Das war aber hier nicht der Fall. Dem Zeugen war zwar gestattet, sich zu entfernen, er hatte aber von dieser Erlaubnis keinen Gebrauch gemacht, sondern war noch anwesend, als er nochmals vernommen werden sollte. In solchem Falle muß angenommen werden, daß die Wirkung des Eides fortdauert und der Zeuge sich dessen auch bewußt ist, zumal wenn er darauf ausdrücklich hingewiesen worden ist. — (Urt. des I. StS. v. 16. Juni 1906, 1 D 595/06).

618 B.

II.

Rechtsanwalt als Zeuge und Verteidiger. Gründe: Der Angeklagte hatte den Rechtsanwalt Justizrat G. als Verteidiger gewählt. Da sich ergab, daß Justizrat G. vom Staatsanwalt als Zeuge benannt war und in der Hauptverhandlung als solcher zu vernehmen sein werde, wurde dem Angeklagten am 13. Juni 1906 von Amts wegen der Rechtsanwalt K. als Verteidiger bestellt. Zum Hauptverhandlungstermine vom 19. Juni 1906 fand sich neben dem von Amts wegen bestellten Verteidiger auch Justizrat G. als Wahlverteidiger ein und beantragte, ihn als Verteidiger des Angeklagten zuzulassen. Nachdem der Staatsanwalt angegeben hatte, worüber Justizrat G. als Zeuge zu vernehmen sein werde, und der Angeklagte erklärt hatte, daß er den Justizrat G. von der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit aus § 52 Nr. 3 der StPO. entbinde, wurde vom Gerichte der Antrag des Justizrats G. mit der Begründung abgelehnt, daß dieser als Zeuge geladen sei und als solcher über wesentliche Punkte Aufklärung zu geben habe. Justizrat G. wurde dann als Zeuge vernommen. Die Revision erblickt in der Nichtzulassung des Justizrats G. als Verteidiger eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung des Angeklagten, jedoch mit Unrecht. Da Justizrat G. als Zeuge geladen war, stand es, wie in den Entsch. des RG. in Bd. 24 S. 104 und 296 dargelegt ist, in dem Ermessen des Gerichts, ob Justizrat G. als Verteidiger zuzulassen war oder nicht. Die Revision erweist sich hiernach als unbegründet. (Urt. vom 7. August 1906; 4 D 892/06.) Kr.

639

III.

Unterlassung der Zustellung der Spruchliste der Geschworenen an den Angeklagten. § 277 StPO. Gründe: Die nach Beginn der Auslosung der Geschwornen erfolgte Uebergabe der Spruchliste der Geschwornen durch einen Hilfsgerichtsdiener vermag die Beschwerde nicht zu rechtfertigen. Die nach § 277 StPO. angeordnete Zustellung der Geschwornenspruchliste an den verhafteten oder deren Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei für den nicht verhafteten Angeklagten hat nur den Zweck, den Angeklagten zu einer seinen Interessen entsprechenden Ausführung der ihm nach § 282 StPO. zustehenden Ablehnungsbefugnis instand zu setzen. Hätte Angeklagter in Ausübung dieser Befugnis durch die mangelhafte oder verspätete Mitteilung der Spruchliste sich verkürzt gefunden, so wäre es seine Sache gewesen, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu beantragen. Hat er dies unterlassen und bei der Bildung der Geschwornenbank mitgewirkt, so kann er aus dem vorgekommenen Verstoße einen Revisionsgrund nicht ableiten. (Urt. vom 13. August 1906; 4 D 900/06.)

638 Kr.

IV.

Ein Telegramm mit Unterschrift des Vornamens ist eine Urkunde im Sinne des § 267 StGB. Gründe: Der Angeklagte hat in dem an den Vater des Schauspielers H. gerichteten Telegramm, in welchem er Uebersendung von 150 Mk. erbat, sich des „Namens des Sohnes" bedient. Hieraus konnte das Vorliegen einer Urkundenfälschung ohne Rechtsirrtum gefolgert werden, auch wenn das Telegramm nur mit dem Vornamen des Sohnes „Emil" unterschrieben war. Es ist strafrechtlich anerkannt, daß die Namensunterschrift – vgl. RGE. Bd. 11 S. 183 — für den Begriff der beweiserheblichen Urkunde nicht wesentlich ist, es vielmehr ausreicht, daß die Person des Ausstellers aus dem Wortlaute und Inhalte des Schriftstücks oder auch nur aus sonstigen Umständen ersichtlich ist. (Urt. vom 7. August 1906; 3 D 773/06.) Kr.

643

V.

Nacheid des Sachverständigen. §§ 72, 79 StPO. Der Regel nach ist der Sachverständige vor Erstattung des Gutachtens zu beeidigen. § 79 StPO. Damit ist aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß dem nach entsprechender Aenderung der Formel abgenommenen Nacheide keine rechtliche Bedeutung beiwohnen soll. Es können Fälle eintreten, unter denen eine Zeugenaussage erst in ihrem Verlaufe zu der Frage Anlaß gibt, ob in Ueberschreitung der Grenzen eines Zeugnisses ein Gutachten abzugeben sei. Alsdann entspricht die Nachbeeidigung der Sachlage. (Entsch. des RG. in StS. Bd. 8 S. 359). Das ist hier der Fall. Zudem deckt der geleistete Voreid als Zeuge das Sachverständigengutachten. Entsch. des RG. in StS. Bd. 3 S. 102, 103. Die prozessuale Rüge ist daher unbegründet. (Urt. vom 13. August 1906; 4 D 909/06.)

640 Kr.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 1183, 1168, 1132, 1175 BGB., § 27 GBO. Bedeutung des Verzichts der Gläubiger auf Hypotheken an einem Trennstücke, das pfandfrei abgeschrieben werden soll. Zu Urkunde des Notariats Str. (Niederbayern) vom 23. April 1906 verkauften die Eheleute M. aus ihrem Anwesen ein Teilstück PlNr. 593 ½ an die Eheleute Gr. und verpflichteten sich, es binnen 3 Monaten von Hypotheken zu befreien; zugleich wurde die Auflassung erklärt und die Eintragung der Eheleute Gr. bewilligt und beantragt. Das Notariat legte die Urkunde mit den Verzichtserklärungen der Hypothekengläubiger dem GBA. vor. Dieses nahm an, daß die pfandfreie Abschreibung des Trennstücks Löschung der Hypotheken auf diesem Teile sei, es sohin nach § 27 GBO. der Zustimmung der Eigentümer bedürfe. Es setzte eine Frist zur Hebung des Hindernisses. Die Beschwerde wurde verworfen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Würde es sich um rechtsgeschäftliche Aufhebung der das Trennstück belastenden Hypotheken handeln, dann wäre nach § 1138 Satz 1 BGB. Zustimmung der Eigentümer erforderlich. Hier tritt jedoch die Aufhebung mit dem Verzichte der Gläubiger kraft Gesetzes ein. Durch die Abtrennung sind die Hypotheken Gesamthypotheken geworden. Der Verzicht der Gläubiger auf die Hypotheken an dem Trennstück hat nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. ihr Erlöschen an ihm zur Folge. Die nach § 1168 Abs. 2 erforderliche Eintragung des Verzichts, zu der es der Zustimmung der Eigentümer nicht bedarf, ist deshalb nicht eine Löschung, sondern hat nur mittelbar die Bedeutung der Löschung, weil sich aus ihr das Erlöschen der Hypothek als Rechtsfolge ergibt. § 27 Abs. 1 GBO. schreibt die Zustimmung der Eigentümer nur für selbständige Löschungen vor und ist also auf die Fälle der §§ 1132 Abs. 2 und 1175 Abs. 1 Satz 2 nicht anwendbar. Wollte man mit dem Kammergerichte (Seuff. Archiv 59 S. 15) gleichwohl die Zustimmung der Eigentümer verlangen, so würde diese unbedenklich darin zu finden sein, daß sich die Eheleute M. verpflichtet haben, den Verzicht der Gläubiger herbeizuführen, ihre Erklärungen also darauf gerichtet sind, daß die Hypotheken nicht mit dem Trennstück auf das neue Blatt übertragen werden. Daher besteht kein Anlaß, die weitere Beschwerde nach § 79 Abs. 2 GBO. dem Reichsgerichte vorzulegen (Beschl. des Ferien-ZS. vom 3. September 1906). — — — n.

632

II.

Grenzen der Haftung eines Fabrikunternehmers für die Folgen der Verletzung eines Bediensteten, die sich bei dem Versuch einer neuen, besseren Fabrikationsart ereignet. Sind auch in diesem Fall die für den Betrieb bestehenden Unfallverhütungsvorschriften maßgebend? Begründet dabei die Vorhersehbarkeit der Gefahr schlechthin eine Fahrlässigkeit? BGB. §§ 276, 823; StGB. §§ 229, 230; GUVG. § 136. Die beklagte Aktiengesellschaft, welche die Fabrikation chemischer und chemisch-landwirtschaftlicher Produkte betreibt, ließ im Jahre 1902 durch einen Betriebsleiter Versuche anstellen, um ein besseres Verfahren zur Herstellung flüssigen Leims zu ermitteln und beschloß, zu diesem Zwecke eine Zentrifugalmaschine zu verwenden. Nach Anordnung des Vorstandes und der beiden Betriebsleiter sollte mit einem biegsamen Bleirohre in den leeren Raum der Trommel hineingegriffen und das Rohr seitlich in die Flüssigkeit eingeführt werden. Bei der Vornahme dieser Verrichtungen wurde der damit beauftragte Arbeiter Z. schwer verletzt, indem ihm durch eines der fortgeschleuderten Stücke des zersprungenen Rohres ein Arm abgeschlagen wurde. Die Berufsgenossenschaft der chemischen Industrie fordert mit ihrer Klage die Erstattung des Schadens, den sie durch die an Z. gemachten und noch zu machenden Leistungen erleidet; sie gründet ihren Anspruch darauf, daß die Beklagte dem § 83 Abs. 4 der bestehenden Unfallverhütungsvorschriften zuwidergehandelt habe, wonach für Arbeiter an Zentrifugen während des Betriebs jedes Hineingreifen mit oder ohne Werkzeug zu verbieten ist, ferner darauf, daß der Vorstand die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bei Ausführung der Versuchsarbeit unterlassen habe. Das Landgericht wies die Klage ab, weil es den erwähnten Paragraphen der UVV. auf Fabrikationsversuche nicht für anwendbar und eine Fahrlässigkeit des Vorstandes der beklagten Gesellschaft nicht für erwiesen erachtete. Die Berufungsinstanz mißbilligte diese Erwägungen und verurteilte nach Klageantrag. Die Revision der Beklagten hatte den Erfolg, daß unter Aufhebung des Urteils II. Instanz die Berufung zurückgewiesen wurde.

Aus den Gründen des Urteils letzter Instanz: Dem Versuche der Revision, die „Fahrlässigkeit mit Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit, zu der die Betriebsunternehmer und die ihnen gleichgestellten Personen vermöge ihres Amtes, Berufs oder Gewerbes verpflichtet sind“, für den § 136 des GewUVG. in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Juli 1900 anders zu bestimmen, als sie für den Tatbestand der §§ 222, 230 StGB. zu verstehen ist, fehlt es an jedem Anhalte. Der § 136 macht die Verantwortlichkeit der Betriebsunternehmer und der ihnen gleichgestellten Personen bei fahrlässiger Verursachung eines Unfalls zunächst im Anschluß an den § 96 des UVG. vom 6. Juli 1884 von der strafgerichtlichen Feststellung der Herbeiführung des Unfalls durch Fahrlässigkeit mit Außerachtlassung der bezeichneten Aufmerksamkeit abhängig und fügt dann bei, daß die Haftung für die Aufwendungen der Berufsgenossenschaft auch ohne solche Feststellung eintritt. Der Zusatz macht also denselben Tatbestand, der Gegenstand der Feststellung durch strafgerichtliches Urteil ist, zur unmittelbaren Grundlage des Ersatzanspruchs; an dem Begriffe der Fahrlässigkeit, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet, wird für die vermögensrechtliche Haftung nichts geändert (Wödtke-Kaspar, GewUVG. Anm. 3 zu § 136; StVer. d. Reichst. 1. Seff. 1898/1900 Anl. Bd. 4 S. 3177 zu § 96 u. Anl. Bd. 7 S. 5489, 5505). Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß die Unfallverhütungsvorschrift sich nicht auf den gewöhnlichen Betrieb beschränkt, sondern auch für Versuche gilt, die in der chemischen Industrie nicht selten vorkommen. Die Vorschrift ist aber, wie auch das Berufungsgericht annimmt, nicht in dem Sinne bindend, daß jede Abweichung schlechthin als fahrlässige Außerachtlassung der durch Amt, Beruf oder Gewerbe gebotenen Aufmerksamkeit die Ersatzpflicht begründet, sondern es können aus besonderen Gründen Ausnahmen gemacht werden, die bei Vorkehrung ausreichender Sicherungsmaßregeln der verantwortlichen Person nicht als Verschulden anzurechnen sind. In dieser Beziehung ergibt sich allerdings ein gewisser Unterschied zwischen einem Versuch und dem gewöhnlichen Betriebe, sofern bei einem Versuche, der doch nur etwas vorübergehendes ist, eine Ausnahme leichter zu rechtfertigen sein wird und bei ihm besondere Sicherungsmaßregeln vorgekehrt werden können, die im gewöhnlichen Betriebe nicht ausführbar sind. Im vorliegenden Falle hat man sich bei dem Versuche nicht einfach über die Unfallverhütungsvorschrift hinweggesetzt, sondern verschiedene Maßregeln getroffen, die die Gefahr auf ein möglichst geringes Maß herabzusetzen bezweckten. Diese Maßregeln müssen nicht mit dem Berufungsgerichte schon deswegen für unzureichend erachtet werden, weil sie nicht ausschlossen, daß die Möglichkeit eines Unfalls vorhersehbar war. Die Möglichkeit eines Unfalls läßt sich bei vielen Verrichtungen überhaupt nicht ausschließen, insbesondere muß ein gewisses Maß von Gefährlichkeit im gewerblichen Betriebe hingenommen werden, deshalb verpflichten der § 618 BGB. den Dienstherrn, der § 120a GewO. den Gewerbeunternehmer, der § 62 HGB. den Prinzipal nur zu Sicherungsmaßregeln, die gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit schützen, als es die Natur der Dienstleistung oder des Betriebs gestattet. Daß ein Versuch, von dem sich eine wesentliche Verbesserung des Verfahrens bei der Leimgewinnung hoffen läßt, wichtig genug ist, um überhaupt eine mit Gefahr verbundene Verrichtung vorzunehmen, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln; die gegenteilige Ansicht wird den Bedürfnissen des gewerblichen Lebens nicht gerecht, die bei den heutigen Verhältnissen Anspruch auf Berücksichtigung haben. Es kommt also darauf an, ob Direktor H., auf dessen Verschulden nach dem Abs. 2 des § 136 GewUVG. die Haftung

der Beklagten gestützt wird, die Maßregeln, die bei dem Versuch angewendet wurden, für ausreichend erachten durfte. Diese Frage glaubt der Senat, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, bejahen zu müssen (Dies wird auf Grund der Feststellungen näher dargelegt und deshalb das Verschulden, die Fahrlässigkeit des Vertreters der beklagten Gesellschaft verneint.) (Urteil vom 30. März 1906 [I. ZS.] I, 36/06.) K.

644

III.

Berichtigung eines nach früherem Recht ausgestellten „Erbschaftszeugnisses"? Befugnis zur Antragstellung. (Art. 213 EG. z. BGB.; § 156 der NachlO. vom 20. März 1903.) In einem notariellen Erbvertrage vom 11. November 1895 haben die Eheleute S. für den Fall des kinderlosen Ablebens eines Gatten bestimmt, daß der überlebende einziger Erbe sein solle, zugleich aber angeordnet, daß er den Kapitalstock des Nachlasses nicht angreifen darf und daß nach dem Ableben beider Gatten das Vermögen, welches der zuerst gestorbene hinterlassen hat, an seine gesetzlichen Erben fallen soll. Am 18. Mai 1896 starb der Mann kinderlos. Nach Vernehmung der Witwe, welche die Erbschaft unbedingt antrat und sich den im Erbvertrage hinsichtlich der Verfügung über den Erbteil enthaltenen Beschränkungen unterwarf, stellte das Amtsgericht am 2. Juni 1906 ein Erbschaftszeugnis dahin aus, daß S. auf Grund notariellen Erbvertrages ausschließlich von seiner Witwe beerbt worden sei und daß der Erbin der Rücklaß überwiesen sei. Am 29. Mai 1906 stellte ein Neffe des Verstorbenen den Antrag, das Erbschaftszeugnis dahin zu berichtigen, daß die Witwe das Vermögen, welches der verstorbene Gatte hinterlassen habe, nach ihrem Ableben an dessen nächste Verwandte herauszugeben habe. Die Berichtigung wurde abgelehnt und die Ablehnung vom Beschwerdegericht gebilligt, weil die Befugnis des Antragstellers zu bezweifeln sei. Das Erbschaftszeugnis sei übrigens richtig, da nach dem maßgebenden Bay. LR. der Fiduziar Erbe sei und von einer Unvollständigkeit nicht gesprochen werden könne, weil keine Vorschrift vorhanden sei, daß das Erbschaftszeugnis auch über die Anordnung eines Universalfideikommisses Aufschluß geben müsse. Auf die weitere Beschwerde wurde das Nachlaßgericht angewiesen, anderweit zu entscheiden.

G r ü n d e: Mit Unrecht hat das Beschwerdegericht die Befugnis des Antragstellers, die Berichtigung des Erbschaftszeugnisses zu beantragen, bezweifelt. Nach dem Inhalte der Nachlaßakten ist anzunehmen, daß der Antragsteller zu den nächsten Verwandten des Erblassers gehört, an welche nach dem Ableben seiner Witwe der Nachlaß fällt. Er hat hiernach ein bedingtes Recht auf den Nachlaß. Kraft dieses bedingten Erbrechts steht ihm die Befugnis zu, allen Handlungen entgegenzutreten, durch die das bedingte Recht beeinträchtigt werden könnte. Es fragt sich also, ob das Zeugnis das bedingte Erbrecht des Antragstellers in ungerechtfertigter Weise gefährdet. Die Vorinstanzen haben mit Recht angenommen, daß nicht die Vorschriften des BGB. über den Erbschein, sondern das Bay. LR. maßgebend sind. Dieses Recht enthält ausdrückliche Vorschriften über die Ausstellung eines Erbschaftszeugnisses nicht. Daß jedoch das Nachlaßgericht auch nach Bay. LR. ein Erbschaftszeugnis ausstellen kann, kann aus der Vorschrift von Teil III Kap. I § 17 Nr. 11 abgeleitet werden und entspricht dem Gerichtsgebrauch sowie den Bedürfnissen des Verkehrs. (Wird näher ausgeführt.) Selbstverständlich kann das Nachlaßgericht nur Tatsachen bezeugen, welche der Wahrheit entsprechen. (Bl. f. RA. Bd. III S. 207.) Das Erbschaftszeugnis vom 2. Juni 1896 genügt diesen Anforderungen nicht. Denn es bezeugt der Witwe ein ausschließliches Erbrecht und läßt nicht ersehen, daß ihr nach dem Erbvertrag nur das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Nachlasses ohne Sicherheitsleistung eingeräumt und die Verpflichtung auferlegt ist, den Kapitalstock des Nachlasses ungeschmälert zu erhalten und nach ihrem Ableben den nächsten Verwandten des Erblassers zuzuführen. Seine jetzige Fassung macht das Zeugnis unvollständig und unrichtig, gefährdet die Rechte der Nacherben, also auch des Antragstellers, weil es der Witwe des Erblassers ermöglicht, die Nachlaßbestandteile zu veräußern, und verletzt damit auch die erbrechtlichen Grundsätze des Bay. LR., nach welchen, wie aus Teil III Kap. 3 § 17 zu folgern ist, vom Nachlaßgericht die Erbschaft den Personen zugeführt werden soll, denen sie nach Gesetz, letztwilliger Verfügung oder Vertrag gebührt. (Beschl. des Ferien-ZS. vom 27. August 1906.) Tb.

637

B. Strafsachen.

Die distriktspolizeiliche Genehmigung zum Abschuß von Rehgeißen kann auch unter einer entsprechenden Auflage erteilt werden. § 5 der Verordnung vom 5. Oktober 1863, polizeiliche Vorschriften über die Ausübung und Behandlung der Jagd betr. Die Gräflich v. H.'sche Guts- und Rentenverwaltung in S. hatte auf ihr Ansuchen im Einverständnisse mit dem Forstamte W. vom Bezirksamt N. die distriktspolizeiliche Bewilligung erhalten, während der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 1905 im Wege der Einzeljagd sechs Geltgeißen in ihren Waldungen abzuschießen. Der Guts- und Rentenverwalter W. hat daraufhin als Leiter der am 2. Oktober 1905 im Jagdbezirk veranstalteten Treibjagd den Jagdgästen die Erlegung von zwei Rehgeißen, als vom Bezirksamt erlaubt, gestattet. Eine Rehgeiß wurde auch auf der Treibjagd geschossen. Gegen W. wurde hierwegen Strafbefehl erlassen, auf Einspruch wurde er von dem Schöffengericht freigesprochen, jedoch von der Strafkammer zu einer Geldstrafe verurteilt. Die Revision wurde verworfen.

A u s d e n G r ü n d e n: Ob die Distriktsverwaltungsbehörde in Würdigung des Antrags des Jagdausübungsberechtigten die Erlaubnis zur Verminderung der vorhandenen Rehgeißen geben will, hängt von ihrem freien Ermessen ab. Es hat daher der den Antrag stellende Jagdausübungsberechtigte einen Anspruch auf die Bewilligung seines Gesuchs auch dann nicht, wenn die Gutachten des Forstamts und der etwa weiter vernommenen Sachverständigen es unterstützen. Kann aber die Distriktspolizeibehörde die Erlaubnis zur Verminderung der vorhandenen Rehgeißen nach freiem Ermessen bewilligen oder versagen, so muß es auch in ihrer Macht stehen, die Bewilligung nur unter einer Auflage zu erteilen, die den Zwecken der Verordnung entspricht, die in § 1 zum Ausdruck gelangt sind — pflegliche Behandlung der Jagd und entsprechender Schutz der Land- und Forstwirtschaft — vorausgesetzt, daß die Verordnung nicht etwa ausdrücklich oder nach ihrer erkennbaren Absicht verbietet, Auflagen bei der Bewilligung zu machen. § 5 der Verordnung vom 5. Oktober 1863 enthält lediglich die für die Distriktspolizeibehörde bindende Vorschrift, daß im Falle der Bewilligung des Antrags die geeignete Schußzeit und die Stückzahl festzusetzen sei. Dieser Vorschrift muß in jeder polizeilichen Bewilligungsverfügung entsprochen sein; darüber, ob bei der Bewilligung noch weitere Auflagen gemacht werden dürfen, enthält die Verordnung keine ausdrückliche Bestimmung. Aber auch die Tendenz der Bestimmungen der Verordnung läßt nicht erkennen, daß die Ausschließung weiterer Auflagen gewollt war. Der in § 1 niedergelegte leitende Grundsatz der Ver-

ordnung muß für alle in ihrem Rahmen notwendig werdenden polizeilichen Verfügungen Maß geben. Hieraus folgt aber, daß Auflagen, die bei der in § 5 bezeichneten Bewilligung der Distriktspolizeibehörde zum Abschuß von Rehgeißen gemacht werden, keinesfalls unzulässig sein können, wenn sie dem erwähnten leitenden Grundsatze zu dienen bestimmt sind. Diesem Grundsatz entspricht aber die in dem Bewilligungsbeschlusse des Bezirksamts enthaltene Auflage, daß der gestattete Abschuß von sechs Geltgeißen nur im Wege der Einzeljagd erfolgen dürfe, weil diese Auflage unverkennbar die Einhaltung der festgesetzten Stückzahl zu sichern bezweckt. Der Beschluß des Bezirksamts N. ist daher eine auf Grund des § 5 der Verordnung vom 5. Oktober 1863 in gesetzlich gültiger Weise erlassene jagdpolizeiliche Verfügung, deren Nichtbefolgung als Uebertretung des Art. 25 Z. 5 des Gesetzes die Ausübung der Jagd betr., strafbar ist. Da die in der Bewilligungsverfügung gemachte Auflage, den Abschuß von sechs Geltgeißen nur im Wege der Einzeljagd zu betätigen, nicht erfüllt wurde, so liegt ein ohne Bewilligung erfolgter und daher strafbarer Abschuß von Rehgeißen vor. Der Begriff „Bewilligung zur Erlegung" ist nicht dahin aufzufassen, daß derjenige, welchem die Bewilligung erteilt wurde, die Rehgeißen selbst erlegen müsse. Strafrechtlich verantwortlich ist nicht nur der, welcher entgegen dem distriktspolizeilichen Beschluß eine Rehgeiß persönlich erlegt, sondern auch der, welcher als Leiter einer Jagd die Erlegung durch Jagdgäste ausdrücklich oder stillschweigend zuläßt. (Urt. vom 4. Oktober 1906. Rev.-Reg. Nr. 429/06).

666 — ch.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Ueberfahren eines Kindes durch ein Bierfuhrwerk. §§ 831, 254, 844, 845 BGB. Am Pfingstsonntag 1904 abends zwischen 9 und 10 Uhr wurde der damals 6½ Jahre alte Sohn des Klägers beim Versteckspiel auf der N.straße zu P. von dem zweiten von zwei hintereinanderfahrenden zweispännigen, je mit etwa 70 Ztr. geladenen Bierfuhrwerken der beklagten Brauerei totgefahren. Lenker des 1. Wagens war ein 29 jähriger, Lenker des 2. ein 27 jähriger Bierführer; die Wagen fuhren langsam in einer Entfernung von einigen Metern auf der nördlichen Seite der 6 m breiten gepflasterten Straße, das Tempo des 2. war etwas beschleunigt, da die Pferde dem 1. nachzukommen trachteten. Als der 1. Wagen das vom Kläger bewohnte, auf der südlichen Seite der Straße liegende Haus passiert hatte, wollte der Knabe hinter diesem Wagen auf die andere Seite der Straße laufen, kam aber zwischen den Wagen vor den Pferden des 2. Wagens zu Fall, die Pferde gingen über ihn weg. Die auf § 831 BGB. gestützte Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen; die Berufung zurückgewiesen.

Gründe: Will man annehmen, daß überhaupt eine Handlung oder Unterlassung des Fuhrknechtes den Tod des Kindes herbeigeführt hat, so liegt selbstverständlich eine widerrechtliche, in Ausführung des Bierfuhrwerks geschehene, die Ersatzpflicht der Beklagten nach § 831 BGB. begründende Schadenszufügung vor; darauf, ob der Fuhrknecht schuldhaft gehandelt hat, kommt es nicht an (RGZ. 50 S. 65, JW. 1903 Beil. S. 12, 1903 Beil. S. 132, Oertmann, Komm. § 823 Anm. 7). Die Haftung des Geschäftsherrn beruht (RGZ. 50 S. 66) nicht auf einem Einstehen für eine Schuld des Angestellten, sondern auf den von der Frage einer Verschuldung des Angestellten ganz unabhängigen Gedanken eines (präsumtiven) eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn; nur die Führung eines der im § 831 zugelassenen Beweise befreit von der Ersatzpflicht. Hier kommt es also, da die Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften ebensowenig in Frage steht als die Leitung der Ausführung der Verrichtung, nur darauf an, ob die Beklagte bei der Auswahl des Fuhrknechtes zu dem Biertransporte vom Pfingstsonntag 1904 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat und ob der Schaden auch entstanden wäre, wenn sie diese Sorgfalt bei der Auswahl angewendet hätte. Die Beklagte hat einen Entlastungsbeweis, insoweit die wirkliche Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt in Frage ist, nicht erbracht, ja nicht einmal angeboten; sie hat nichts verlauten lassen, daß sie Dienstbücher oder Arbeitszeugnisse eingesehen, sich bei früheren Dienstherrschaften des Knechtes, etwa der letzten und vorletzten, erkundigt, daß und welche Beobachtungen sie selbst während der Dienstzeit des Fuhrknechts bei ihr gemacht habe; die einzige von ihr beigebrachte Beurteilung des Knechts durch einen früheren Dienstherrn genügt, weil zu allgemein, nicht, um ein Urteil zu ermöglichen. (RGZ. Bd. 53 S. 53; Bd. 59 S. 203; Urt. d. RG. v. 18. Dezember 1905, VI 117/05;[1]) JW. 1906 S. 196 und 199.) Darin aber hat die Beklagte recht, daß der Schaden auch eingetreten wäre, wenn sie bei der Auswahl des Fuhrknechts sorgfältig verfahren wäre. Da die Beklagte den Fuhrknecht, auch wenn sie bei dessen Bestellung und Verwendung mit der nötigen Sorgfalt vorgegangen wäre, als Bierführer eingestellt und auch zu der hier fraglichen Verrichtung bestellt hätte und da sie ihn bei Abwägung und Bemessung aller Umstände auch zu der gedachten Verrichtung hätte bestellen dürfen (wird näher ausgeführt), so hat sie schon den Beweis erbracht, daß der Schaden auch entstanden wäre, wenn sie die erforderliche Sorgfalt angewendet hätte (vgl. das angeführte Erk. des RG. vom 18. Dezember 1905). Der Schaden wäre aber auch entstanden, wenn die Beklagte den Fuhrknecht nicht zu dem Transporte bestellt, vielmehr eine andere Person hierzu ausgewählt hätte. Das Berufungsgericht glaubt, daß der Kläger den Schaden selbst verursacht hat, weil er ein unbeaufsichtigtes Umherlaufen seines noch nicht 7 Jahre alten Kindes auf offener Straße zur Abendstunde geduldet und damit das Kind allen Fährlichkeiten preisgegeben hat. Die Ersatzpflicht der Beklagten entfällt also, gleichviel ob man annimmt, daß das Verhalten des Klägers den Unglücksfall allein herbeigeführt hat, oder daß bei ihm für ein Tun oder Unterlassen des Knechtes überhaupt noch Raum und das Verschulden des Klägers nur ein mitwirkendes war; denn letzterenfalls wäre der Schaden vom Kläger in sehr vorwiegendem Maße verursacht. (Urt. d. II. Sen. v. 11. April 1906.)

574 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Störung eines gemeinschaftlichen Weiderechts. Maßgebendes Recht. Wer ist Störer? Genügt wörtliche Störung? (EG. z. BGB. Art. 184, BGB. §§ 1090, 1027, 1004.) Das Schafweiderecht in G. steht einigen Landwirten und einer Standesherrschaft zu, welche ihren Anteil an den Beklagten verpachtet hat. Letzterer hat nach der Behauptung der klagenden Landwirte 1902 das unter der Herrschaft des gemeinen Rechts entstandene gemeinschaftliche Weiderecht wörtlich und tätlich gestört. Strittig war, nach welchem Rechte die Klage zu beurteilen und ob der Beklagte passiv legitimiert sei, endlich, ob wörtliche Störung genüge.

Aus den Gründen: Es ist strittig, ob eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkte persönliche

[1]) S. 208 dieses Jahrgangs der Zeitschrift auszugsweise abgedruckt.



Dienstbarkeit vorliegt. Der Erstrichter hat zutreffend letzteres angenommen und unter Hinweisung auf Art. 184 Satz 2 EG. z. BGB. die Klage nach neuem Recht (§§ 1090 Abs. 2, 1027, 1004 BGB.) beurteilt. Art. 184 Satz 2 bezieht sich aber auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nicht, sondern nur auf Grunddienstbarkeiten; es wäre also die Anwendung des neuen Rechts nach Art. 184 Satz 2 nur gerechtfertigt, wenn man eine Grunddienstbarkeit annähme. Nimmt man aber eine persönliche Dienstbarkeit an, so greift das neue Recht nach Art. 184 Satz 1 Platz. Daselbst ist angeordnet, daß Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit den sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte und Range bestehen bleiben. Unter Inhalt der Rechte versteht man die im Verhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem dinglich Berechtigten sich entwickelnden Befugnisse und Pflichten. Hierzu gehören aber nicht äußere Eingriffe, die unter der Herrschaft des BGB. erfolgten. Für die Ansprüche aus Rechtsstörungen durch Dritte nach dem 31. Dezember 1899 sind die neuen Vorschriften maßgebend. Da Art. 184 Satz 1 die vor dem 1. Jan. 1900 begründeten Rechte nicht schlechthin, sondern nur hinsichtlich ihres Inhaltes und Ranges dem bisherigen Rechte unterstellt, muß angenommen werden, daß in den übrigen Beziehungen das BGB. anzuwenden ist (Niedner, EG. z. BGB. Art. 184 Ziff. 3).

Der Beklagte macht geltend, die Klage hätte gegen die Standesherrschaft, nicht gegen ihn gerichtet werden müssen. Aber mit Unrecht; die Voraussetzung der Klage ist die Beeinträchtigung der Dienstbarkeit. Diese kann in einer tätlichen Störung der Ausübung als auch in einer wörtlichen Bestreituug liegen. Beklagter ist nicht bloß der Eigentümer des dienenden Grundstückes, sondern jeder Dritte, der unbefugt der Ausübung in den Weg tritt (Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl. § 1027 Ziff. 1a, 2b; Bay. ObLG. n. F. Bd. 3 S. 352). Da sich der Beklagte zur Begründung seines Rechts auf Vornahme der störenden Handlungen auf das Recht der Standesherrschaft als Verpächter beruft, so muß zwar auch der Rechtsbestand der standesherrlichen Weidegerechtigkeit erörtert werden, dadurch wird aber diese Herrschaft nicht am Prozesse beteiligt. Es ist nicht die Feststellung des Weiderechts an sich in Frage, sondern nur das Recht auf seine Ausübung, das die Standesherrschaft für ihren Teil durch den Pachtvertrag auf den Beklagten übertragen hat. Hätte sich der Beklagte von der Haftung befreien wollen, so hätte er dies vor Einlassung zur Hauptsache durch Benennung seiner Rechtsurheberin und durch Streitverkündung nach §§ 76, 77 ZPO. herbeiführen können. Da er dies nicht getan hat, ist seine Berufung auf das Recht der Standesherrschaft wirkungslos.

Er bestreitet jede Störung. Wenn aber das Recht der Kläger vor der Klagestellung bestritten, ein eigenes Recht geltend gemacht und dessen Ausübung angedroht wird, liegt eine Beeinträchtigung des gegnerischen Rechts vor. Tatsächlich hat der Beklagte der Weidegenossenschaft gegenüber seinen bzw. der Standesherrschaft Austritt aus der Weidegemeinschaft erklärt und die künftige eigene Ausübung der Hut auf seinen Pachtgrundstücken angezeigt. Darin liegt eine wörtliche Störung. (Urteil d. I. ZS. vom 1. Juni 1906.)

626 Mitg. von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Literatur.

Wichern, Dr. Johann Hinrich, Zur Gefängnisreform. Herausgeber Dr. J. Wichern. IV. Band. Hamburg 1903. Agentur des Rauhen Hauses.

Wenn wir die Fragen der Umgestaltung des Strafvollzugs behandeln, glauben wir gewöhnlich, mit Dingen uns zu beschäftigen, die erst in der Gegenwart die gebührende Beachtung auf sich gezogen haben. In Wahrheit reichen die Erörterungen hierüber sehr weit zurück und manche Gedanken, die sich jetzt wie neue Erfindungen darstellen, sind längst schon ausgesprochen oder wohl gar schon früher einmal verwirklicht worden. Es sei nur an das jetzt so heiß umstrittene Problem der unbestimmten Strafurteile hingewiesen. Das Lesen in alten Blättern bringt auf diese Weise manche Ueberraschung und manche Belehrung — unter allen Umständen die Belehrung, daß es überaus schwer ist, Umgestaltungen auf diesem Gebiete durchzusetzen. Wie viele Schwierigkeiten sich hier entgegenstellen, kann nur jener, der die Reformbestrebungen früherer Jahre in ihren wechselnden Geschicken beobachtet hat, einigermaßen beurteilen. Das vorliegende Buch gestattet hier manchen wertvollen Einblick. Wichern war von 1857 bis 1872 vortragender Rat in Gefängnissachen im preußischen Ministerium des Innern; als Gefängnisgeistlicher hatte er reiche Erfahrungen gesammelt. Die in dem Buch enthaltenen Aufsätze aus der Zeit von 1852 bis 1868 befassen sich vorwiegend mit der Frage der Behandlung der Gefangenen in den Strafanstalten, namentlich der Einzelhaft, der religiösen Beeinflussung der Gefangenen, der Gewinnung eines geeigneten Wärterpersonals und der Fürsorge für entlassene Gefangene.

Oberamtsrichter Riß.

Oertmann, Dr. Paul, Universitätsprofessor in Erlangen. Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. Berlin 1906. Carl Heymanns Verlag. Preis ungebunden Mk. 24.—. (2. Band des Kommentars zum BGB. u. seinen Nebengesetzen, herausgegeben von Biermann, Gareis usw.).

Oertmanns Kommentar will der Theorie und der Praxis dienen. Ich glaube, wer diesen Kommentar und den von Rehbein nebeneinander benützen würde, ohne die Verfasser zu kennen, hätte bald in dem Verfasser des ersten den Theoretiker, den Gelehrten, in dem Verfasser des anderen den Mann der Praxis erkannt. Wissenschaftliche Zergliederung der Rechtsinstitute, Aufsuchen der inneren Verwandtschaft ihrer Begriffselemente verbunden mit der Erörterung der zahlreichen sich hierbei ergebenden Streitfragen und der Würdigung der umfangreichen Literatur in dem Maße, in dem wir das alles bei Oertmann finden, ist man bisher eher in systematischen Darstellungen als in Kommentaren zu suchen gewohnt gewesen. So unbegründet aber gegenüber dem Rehbeinschen Kommentare der Vorwurf einer öden Kasuistik ohne wissenschaftliche Vertiefung wäre, ebensowenig läßt sich von der Oertmannschen Kommentierungsweise sagen, daß sie über der theoretischen Behandlung des Rechtes dessen praktische Anwendung außer acht lasse; insbesondere kommt die Praxis auch durch eine ausreichende Würdigung der Rechtsprechung zur Geltung. Daß der Oertmannsche Kommentar der Theorie mehr dienen will als mancher andere, wird ihn bei den Praktikern nicht in Mißkredit bringen. Bei der bekannten Abneigung der meisten praktischen Juristen, sich in systematische Darstellungen zu vertiefen, ist es zu begrüßen, daß ihnen von Oertmann das Ergebnis theoretischer Forschung in der beliebteren Form des Kommentars geboten wird; denn entbehrlich ist ja diese Gelehrtenarbeit auch für die Praxis nicht. Das Werk ist gegenüber der 1. Auflage völlig umgearbeitet. Der Verfasser, dem nichts ferner liegt als ein eigensinniges Festhalten an der einmal vertretenen Meinung, hat in manchen Fragen seine Ansicht geändert; während er z. B. das Problem des Kausalzusammenhanges in der 1. Auflage in einer der Birkmeyerschen Theorie verwandten Weise behandelt hat, stimmt er jetzt der sog. Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges zu. Hierauf und auf

viele andere interessante Einzelheiten näher einzugehen, ist hier nicht der Ort; doch sei mir erlaubt, zum Schlusse dieser Besprechung noch zu zwei Fragen meine Bedenken gegen die von Oertmann vertretene Ansicht zu äußern. § 282 BGB. bestimmt: „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.“ Oertmann erklärt diesen Satz zutreffend damit, daß das Gesetz die nachfolgende Unmöglichkeit als solche nicht als einen Befreiungsgrund, sondern nur als einen Aenderungsgrund für den Schuldinhalt auffasse; damit sie befreiend wirke, müsse der besondere Umstand der Unvertretbarkeit hinzukommen. Mit Recht verweist Oertmann hier auf den Wortlaut des § 275, der bei eintretender Unmöglichkeit der Leistung nicht die Haftung, sondern die Befreiung als das Besondere ansehe. Darum ist es aber auch wohl nicht richtig, wenn Oertmann bei der Besprechung des § 275 umgekehrt die Haftung als das Besondere, die Befreiung als die Regel hinstellt; in Note 1 zu § 275 bemerkt er: „Die Unmöglichkeit u. das insoweit gleichgestellte Unvermögen bewirken beide im allgemeinen eine Befreiung des Schuldners“ und in Note 2 fährt er fort: „Ausnahmsweise wirkt nicht befreiend die Unmöglichkeit, die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht.“ — In den Anm. zu § 313 bejaht Oertmann die Frage, ob die Vorschrift auch auf den Vertrag Anwendung finde, durch den jemand ein persönliches Vorkaufsrecht bestellt oder sich zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes verpflichtet. Die Gründe, die das Reichsgericht (Bd. 60 Nr. 54 S. 225 ff.) für seine gegenteilige Meinung anführt, bezeichnet er in den Ergänzungen am Schlusse des Bandes als kaum überzeugend. Er beruft sich auf den rechtspolitischen Grund des § 313; der Vorkaufsberechtigte könne vermöge seines Vorkaufsrechtes eine Eigentumsübertragung erzwingen. Allein durch die Einräumung des Vorkaufsrechtes wird, wie das Reichsgericht überzeugend darlegt, noch keine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums begründet. Diese erwächst erst, wenn später ein Kaufvertrag geschlossen wird. Würde der Vorkaufsverpflichtete sein Grundstück späterhin nicht an einen Dritten, sondern an den Vorkaufsberechtigten selbst verkaufen, so bedürfte dieser Kaufvertrag zweifellos der Form des § 313, selbst wenn bei der Bestellung des Vorkaufsrechtes schon diese Formvorschrift eingehalten worden wäre; denn erst durch den Kaufvertrag entstünde die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Es geht auch nicht an, den Kaufvertrag zusammen mit dem Vertrage, durch den das Vorkaufsrecht eingeräumt wird, als einen Vertrag im Sinne des § 313 BGB. aufzufassen, wie dies Dr. Arnulf Meyer auf S. 186 des I. Jahrg. dieser Zeitschrift tut. Es handelt sich um zwei selbständige Verträge mit verschiedenen Zwecken und in der Regel — wenn nämlich Vorkaufsberechtigter und Käufer nicht identisch sind — auch mit verschiedenen Vertragsbeteiligten. Vertrag im Sinne des § 313 ist nur der Kaufvertrag und dem rechtspolitischen Grunde des § 313 ist damit genügt, daß der Verkäufer diesen Vertrag, durch den er eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung entweder an den Käufer oder an den Vorkaufsberechtigten begründet, gerichtlich oder notariell beurkunden lassen muß.

Amtsrichter Eckert.

Staudinger's Kommentar zum BGB. und dem EG. 2. vollständig neubearbeitete Aufl. München 1906. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gesamtpreis gebunden Mk. 141.70.

Mit der Vollendung des von Rechtsanwalt Dr. Felix Herzfelder in München bearbeiteten V. Bandes (Erbrecht) und des von Joseph Wagner, Rat am Obersten Landesgerichte, Karl Kober, I. Staatsanwalt im Justizministerium, u. Dr. Ludwig Kuhlenbeck, Universitätsprofessor in Lausanne, erläuterten Einführungsgesetzes (Bd. VI), dem als Band VII ein von Landgerichtsrat Fritz Keidel in München hergestelltes Gesamtregister (223 Seiten) angeschlossen ist, hat das gewaltige Werk nunmehr seinen Abschluß erreicht. Wir verweisen auf die Besprechung auf S. 191 dieses Jahrgangs, in der wir die besonderen Vorzüge dieses Kommentars gewürdigt haben. — — d — —

Maas, Dr. iur. Georg, Bibliothekar am Reichsmilitärgericht, Iurisprudentia Germaniae 1905. Bibliographie der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Unter Mitwirkung von Fachgenossen gesammelt und sachlich geordnet. Berlin 1906, W. Moser, Buchhandlung. Geb. M. 5.—.

Ein sehr zweckmäßig angelegtes, mit ausführlichen Registern versehenes Sammelwerk. Das Unternehmen soll jährlich im Anschluß an die vierteljährlichen Uebersichten der JW. fortgesetzt werden. P.

Micelli, Dominikus, Dr. iur. et rer. pol. Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte. Breslau 1906, Schletter'sche Buchhandlung (Franck und Weigert). Brosch. Mk. 2.20 (Heft 72 der strafrechtl. Abh., begr. von Prof. Dr. Hans Bennecke.)

Abhandlungen aus den Grenzgebieten zwischen Zivil- und Strafrecht können immer auf besondere Beachtung rechnen. Auch die vorliegende, gründlich durchgearbeitete Schrift verdient solche, da sie neben eingehenden historischen und dogmatischen Ausführungen auch eine reiche Kasuistik bringt. P.

Haselberger, Dr. Joseph. Das Stimmrecht des Aktionärs. München 1906. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Brosch. Mk. 2.—

Eine klar geschriebene, sorgfältige Monographie, die alle einschlägigen Fragen mit Verständnis behandelt. P.

Notiz.

Zeitweilige Ueberlieferung Strafgefangener an andere Behörden. Nr. XI des JMBl. enthält auf S. 282 eine Bekanntmachung, die verhüten soll, daß eine in Bayern eine Freiheitsstrafe verbüßende Person ohne Kenntnis und Zustimmung der Strafvollstreckungsbehörde (§ 483 StPO.) einer andern Behörde zu Zwecken eines Strafverfahrens (Vernehmung usw.) zeitweilig überlassen wird. Denn es können Mißstände eintreten, wenn die inhaftierte Person der Verfügung der Strafvollstreckungsbehörde für einige Zeit tatsächlich entrückt ist und etwa während dieser Zeit eine in den Kreis des Strafvollzugs fallende Anordnung getroffen werden muß (z. B. aus Anlaß einer Strafunterbrechung oder Begnadigung). Die Vorstände der Gefangenenanstalten u. Gerichtsgefängnisse sollen daher die an sie gelangenden Gesuche um Ueberlieferung an die Strafvollstreckungsbehörde abgeben. Diese hat für den Vollzug der Ueberlieferung und für baldige Zurücklieferung zu sorgen.

Die Vorsitzenden der Gerichte sollen bei der Anberaumung von Terminen darauf achten, daß die Notwendigkeit zeitweiliger Ueberlieferung solcher Gefangener vermieden wird, die nur kurze Freiheitsstrafen zu verbüßen haben oder deren Strafzeit bald endet.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

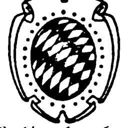
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 23. München, den 1. Dezember 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ein eigentümlicher Fall des Rangwechsels. (§ 880 BGB.).

Von Amtsrichter **Eduard Eckert** in Nürnberg.

Sind zwei Hypotheken im Gleichrange miteinander eingetragen und tritt die eine von ihnen im Range hinter die andere zurück, so ergeben sich aus der Aenderung des Rangverhältnisses keinerlei Schwierigkeiten. Anders liegt die Sache in folgendem Falle, den wir zur Unterscheidung von anderen noch zu besprechenden Beispielen als Fall I bezeichnen wollen.

Auf einem Grundstücke sind drei Hypotheken eingetragen, für

A 300 Mk.
B 200 „
C 100 „ .

Die Hypotheken des A und B haben bisher Gleichrang, die des C Rang nach diesen beiden gehabt; die Stelle des A sei mit Ia, die des B mit Ib und die des C mit II bezeichnet. Nachträglich ist B im Rang hinter C zurückgetreten.

In welcher Weise ist nun im Falle der Zwangsversteigerung auf die drei Gläubiger ein Erlös zu verteilen, der nicht zur vollen Deckung ihrer Forderungen ausreicht?

Die Antwort auf diese Frage ist, wenn sie sich auch nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen läßt, wohl unschwer zu finden. Gleichwohl mag die Frage hier erörtert werden, weil es üblich ist, in den Erörterungen über die Wirkungen einer Rangänderung immer nur den Fall zu berücksichtigen, daß die sämtlichen beteiligten Hypotheken mit verschiedenem Rang, eine hinter der andern, eingetragen sind, und weil zweitens die Beantwortung dieser ersten Frage wohl die beste Grundlage für die Lösung der weiteren hier zu behandelnden Frage bildet:

Inwieweit sind die Rechte der drei Gläubiger im geringsten Gebote zu berücksichtigen, wenn nach dem Rangrücktritte des B einer von ihnen die Zwangsversteigerung betreibt?

Die Antwort auf unsere erste Frage läßt sich, wie gesagt, nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen. Der § 880 BGB., der von der Rangänderung und ihren Wirkungen handelt, gedenkt in seinem fünften Absatze wohl der Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Gläubiger haben, nicht aber auch der Rechte, die bis zum Rangrücktritt gleichen Rang mit dem zurücktretenden Recht eingenommen haben. Allein, was das Gesetz von jenen, den sogenannten Zwischenrechten, bestimmt, darf wohl unbedenklich auch auf diese angewendet werden. Die Zwischenrechte werden „durch die Rangänderung nicht berührt“. Die Sache wird für sie so angesehen, als hätte überhaupt keine Rangänderung stattgefunden. Denken wir uns im Gegensatze zu dem Sachverhalt im Fall I die Gläubiger A, B und C mit ihren Hypotheken von 300, 200 und 100 Mk. in dieser Reihenfolge mit verschiedenem Rang, A und B also nicht im Gleichrang, eingetragen und es würde nun A hinter C zurücktreten, so gingen dem B trotzdem noch 300 Mk. vor; A hätte mit 200 Mk. den Rang vor B behalten, so daß dieser durch die Rangänderung nichts profitieren würde. Anderseits darf B natürlich auch keinen Schaden erleiden. Wären daher für A 100 Mk., B 200 und C 300 Mk. im Range nacheinander eingetragen und würde nun A hinter C zurücktreten, so gingen dem B trotzdem nur 100 Mk. vor; für den Rest seiner Forderung hätte C Befriedigung im Range nach B, aber vor dem zurückgetretenen A zu fordern.

Kehren wir nun zu unserem Fall I zurück, so wird uns ohne weiteres klar sein, daß der Gläubiger A ebensowenig wie ein Zwischengläubiger von dem Rangrücktritt berührt werden darf, da er gerade so wenig wie ein Zwischengläubiger zu der von B und C vorgenommenen Rangänderung zugezogen wird. Die Rangänderung kann ihm weder Vorteil noch Nachteil bringen; er kann mit anderen Worten bei der Zwangsversteigerung genau ebensoviel vom Erlöse beanspruchen, wie wenn B noch mit dem alten Betrag an der Rangstelle Ib stände. Ein Erlös von 300 Mk. ist hiernach, wenn man von allen bevorrechtigten Forderungen und Nebenansprüchen absieht, im Fall I so zu

verteilen, daß A auf seine 300 Mk. 3/5 des Erlöses = 180 Mk. erhält. Die anderen 2/5 = 120 Mk. hätte vor dem Rangrücktritte B zur teilweisen Deckung seiner 200 Mk. betragenden Forderung beanspruchen können; jetzt, nach dem Rangrücktritt, fallen 100 Mk. davon an den mit einer Forderung in dieser Höhe vorgetretenen C und nur der Rest mit 20 Mk. an den zurückgetretenen B. Es wäre eine durch nichts begründete Bevorzugung des A, wenn er nach dem Rangrücktritte sich nun etwa nur mit den vorgetretenen 100 Mk. des C im Verhältnis von 3 : 1 in den Erlös zu teilen hätte.

Nehmen wir den Fall umgekehrt so (Fall II), daß für

A 300 Mk.
B 100 „
C 200 „

eingetragen sind und B, der Gleichrang mit A gehabt hat, hinter C zurückgetreten ist, so treffen von einem 300 Mk. betragenden Erlös auf A, trotz des zwischen B und C vorgenommenen Stellentausches 3/4 = 225 Mk. und C muß sich, trotzdem er 200 Mk. zu beanspruchen hat, mit den 75 Mk. begnügen, die auf die 100 Mk. des B getroffen wären.

Sind endlich bei im übrigen gleichen Voraussetzungen für

A 100 Mk.
B 200 „
C 300 „

als Hypothek eingetragen (Fall III), so treffen von den gelösten 300 Mk. nicht etwa 3/4 auf den vorgetretenen C und nur 1/4 auf A, sondern A hat sich nur mit den ursprünglich an der Stelle Ib gestandenen 200 Mk. in den Erlös zu teilen, erhält also mit 100 Mk. volle Befriedigung.

Diese Beispiele werden genügen um zu zeigen, wie sich die analoge Anwendung des § 880 Abs. 5 BGB. auf die an der Rangänderung nicht beteiligte Gleichrangshypothek bei der Umsetzung in die Praxis gestaltet. Es werden wohl auch die Ergebnisse, zu denen wir bei unseren Beispielen gelangt sind, diese Anwendung des § 880 Absatz 5 als den Rechten der Beteiligten durchaus angemessen erscheinen lassen.

Bei der zweiten zur Erörterung gestellten Frage nach der Wirkung des Rangrücktrittes auf die Höhe des geringsten Gebotes werden wir gleichfalls von dem Grundsatze ausgehen müssen, daß die an der Rangänderung nicht beteiligte Hypothek durch diese nicht berührt werden darf.

Wir kehren zu unserem Fall I zurück und nehmen zunächst an, daß A versteigern läßt. Es bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, daß in diesem Falle keine der Hypotheken im geringsten Gebote zu berücksichtigen ist. Der vorgetretene Gläubiger C kann dies ebensowenig beanspruchen, als der zurückgetretene B an der Stelle Ib es hätte beanspruchen können.

Ebenso ist keine der drei Hypotheken im Mindestgebot zu berücksichtigen, wenn der vorgetretene C versteigern läßt; B steht ihm im Range nach und A geht ihm nicht vor. Vor dem Rangrücktritt ist ihm A allerdings vorgegangen; durch den Rangrücktritt hat aber C nun die Stelle II mit der Stelle Ib vertauscht und ist auch dem Gläubiger A gegenüber als an dieser Stelle stehend zu behandeln, soweit dadurch nicht Rechte des A beeinträchtigt werden. Von einer solchen Beeinträchtigung könnte nur dann die Rede sein, wenn Art oder Maß der Befriedigung bei einer durch den vorgetretenen C betriebenen Versteigerung für A ungünstiger wäre als bei einer Versteigerung auf Betreiben des an seiner Stelle gebliebenen B. Auch wenn B an der Stelle Ib hätte versteigern lassen, wäre die Hypothek des A nicht ins Mindestgebot gefallen und stehen geblieben, sondern durch Barzahlung zu befriedigen gewesen. Bei dieser Art der Befriedigung muß es bleiben, auch wenn C an der Stelle Ib versteigern läßt; die Berücksichtigung des A im geringsten Gebot und ein Stehenbleiben seiner Hypothek würde für ihn einen durch nichts begründeten Vorteil bedeuten. Daß ferner das Maß der Befriedigung des A von dem Rangrücktritte vollkommen unberührt bleibt, selbst wenn die vortretende Hypothek größer ist, als die zurücktretende, ist oben schon ausgeführt.

Schwieriger zu beurteilen ist der dritte Fall: Die Versteigerung wird durch den zurückgetretenen B betrieben. B hat den Rang hinter C eingenommen und kann infolgedessen die Versteigerung des Anwesens nicht betreiben, ohne daß C im Mindestgebote gedeckt wird. Wie aber steht es mit A? Würde B die Versteigerung an seiner alten Rangstelle betrieben haben, so wäre A nicht ins geringste Gebot gefallen. Durch den Rangwechsel zwischen B u. C soll A nicht berührt werden; bedeutet dieser Grundsatz hier, daß A trotz des Rangwechsels im Mindestgebote nicht berücksichtigt wird? B ist ja überdies nicht einmal ganz aus seiner alten Rangstelle ausgeschieden; A hat sich nach wie vor in den Erlös mit dem ursprünglich an der Stelle Ib gestandenen Betrage von 200 Mk. zu teilen, nicht nur mit den 100 Mk. des C, so daß er nicht schlechthin als ein dem B vorgehender Gläubiger bezeichnet werden kann und keinen Anspruch auf Berücksichtigung im Mindestgebote zu haben scheint.

Allein diese Erwägungen können nicht als zutreffend angesehen werden. Würde nur C mit seinen 100 Mk. in das Mindestgebot einbezogen und seine Hypothek stehen bleiben, so würde das zweifellos eine ungerechtfertigte Zurücksetzung des A bedeuten. Die Art der Befriedigung und möglicherweise auch das Maß der Befriedigung wären bei A ungünstiger als bei C und doch kann C durch den Rangrücktritt des B nicht mehr Rechte erlangt haben, als dieser selbst gegenüber A gehabt hat. Ein Ausweg aus dieser Schwierigkeit wäre der,

daß man auch die Hypothek des C nicht in das Mindestgebot fallen läßt; allein dem steht die klare, nicht zu umgehende Vorschrift des § 44 ZwVG. entgegen. Weder A noch C dürfen also im Mindestgebot unberücksichtigt bleiben. Damit ist aber nicht gesagt, daß A immer mit seinem vollen Betrage berücksichtigt werden muß; das würde eine unbegründete Bevorzugung des A auf Kosten des B bedeuten, der nicht zugunsten des A, sondern zugunsten des C im Range zurückgetreten ist. Würde A z. B. im Fall I mit seinen 300 Mk. in das Mindestgebot einbezogen werden und seine Hypothek demgemäß in ihrem vollen Betrage stehen bleiben, desgleichen die Hypothek des vorgetretenen C mit 100 Mk., so würde dem B selbst ein Gebot von 400 Mk. nicht zugute kommen, während wir doch oben gesehen haben, daß schon bei einem Gebote von 300 Mk. auf B 20 Mk. treffen müssen. Es bleibt somit im Fall I nichts anderes übrig, als A teilweise im geringsten Gebote zu berücksichtigen und zwar in folgender Weise: An der Stelle Ib kommen infolge des Rangrücktrittes 100 Mk. im Mindestgebote zur Berücksichtigung. Das ist die Hälfte des ursprünglich an dieser Stelle gestandenen Betrages. Dementsprechend ist auch an der Stelle Ia die Hälfte des dort eingetragenen Betrages = 150 Mk. im Mindestgebote zu berücksichtigen, so daß in dieses im ganzen 250 Mk. einzubeziehen sind. Der bei einem Erlöse von 300 Mk. verbleibende barzuzahlende Rest von 50 Mk. wird auf A und B im Verhältnis von 3 : 2 verteilt. Auf A treffen dann im ganzen 180 Mk., auf B 20 und auf C 100 Mk., so daß wir genau dasselbe rechnerische Ergebnis wie oben bei der Erörterung der ersten Frage gewonnen haben.

Setzen wir den Fall, die vorgetretene Hypothek betrüge nicht 1/2, sondern 3/4 der zurückgetretenen, es wären an der Stelle Ib also 3/4 des ehemals dort gestandenen Betrages im geringsten Gebote zu berücksichtigen, so fielen auch an der Stelle Ia 3/4 des dort eingetragenen Betrages in das Mindestgebot.

Setzen wir weiter den Fall, daß die vorgetretene und die zurückgetretene Hypothek gleich groß sind und infolgedessen der an der Stelle Ib gestandene Betrag in das Mindestgebot voll aufgenommen wird, so muß auch der Gläubiger an der Stelle Ia vollständige Berücksichtigung im Mindestgebot finden.

Das gleiche gilt selbstverständlich, wenn wir endlich noch den Fall setzen, daß die vorgetretene Hypothek größer ist als die zurückgetretene: A muß volle Deckung im Mindestgebote finden. Hiernach würden im Falle II C mit 200 und A mit 300 Mk. im Mindestgebote zu berücksichtigen sein; denn schon wenn auf die Stelle Ib nur 100 Mk., also der volle ursprünglich dort gestandene Betrag träfen, hätte auch A volle Befriedigung zu beanspruchen. Ebenso ist die Sache im Falle III gelagert.

Wären dagegen für

A 100 Mk.
B 300 „
C 200 „

eingetragen und würde B, der zuerst Gleichrang mit A gehabt hat, dann aber hinter C zurückgetreten ist, die Versteigerung betreiben, so wäre C als ein dem B vorgehender Gläubiger mit seinen 200 Mk. also mit 2/3 des zuerst an der Stelle des Ib gestandenen Betrags im Mindestgebote zu decken; dementsprechend könnte auch A nur für 2/3 seiner Hypothek Berücksichtigung im Mindestgebote beanspruchen.

Nach alledem wird der am Rangrücktritt nicht beteiligte Gläubiger A bei der Zwangsversteigerung auf Betreiben des zurückgetretenen B im geringsten Gebote berücksichtigt, und zwar mit einem Betrage, dessen Höhe nicht nur von der Größe der eigenen Hypothek, sondern auch von derjenigen der beiden anderen Hypotheken abhängig ist, während er keine Berücksichtigung erfahren hätte, wenn B an der alten Rangstelle hätte versteigern lassen. Dem Wortlaute nach ist bei dieser Art das geringste Gebot zu bestimmen der Grundsatz, von dem wir ausgegangen sind, daß die an der Stelle Ia stehende Hypothek von der Rangänderung nicht berührt werden dürfe, allerdings nicht befolgt worden. Allein der Sinn dieses Grundsatzes ist doch wohl der, daß die am Rangrücktritt nicht beteiligten Hypotheken weder eine Besserung noch eine Verschlechterung ihrer Lage erfahren dürfen und es wird wohl schwer sein, das eine wie das andere auf einem anderen als dem oben eingeschlagenen Wege zu vermeiden. Ist dieser Weg aber nicht der richtige, dann möge mit meinen Ausführungen wenigstens der Anstoß zu einer weiteren Erörterung der gewiß nicht uninteressanten Frage gegeben sein.

Die Eröffnung der in amtlicher Verwahrung befindlichen Verfügungen von Todes wegen durch die Notariate.

Von Gottfried Schmitt, Notariatspraktikant in Nürnberg.

Die durch die Einführung des BGB. notwendig gewordene Neuregelung der Bestimmungen über das Nachlaßwesen sieht auch eine mannigfache Tätigkeit des Notars vor. So ist er unter Umständen zur Mitwirkung bei der Sicherung, Feststellung und Auseinandersetzung des Nachlasses berufen, er ist auch, unter gewissen Voraussetzungen, zur Eröffnung letztwilliger Verfügungen zuständig. Diese letztere Tätigkeit und die auf sie bezüglichen Vorschriften sind es, welche den Gegenstand der folgenden Abhandlung bilden sollen.

Die einschlägigen Bestimmungen aber sind nun nicht etwa nur im Notariatsgesetz, in der Notariatsgeschäftsordnung und vielleicht der Nachlaßordnung enthalten, sie finden sich vielmehr eingestreut auch in andere ministerielle Bekanntmachungen, die sich nicht unmittelbar auf Notariat und Nachlaßwesen beziehen, sondern andere Materien regeln sollen. Es sei in dieser Richtung nur auf die Vollzugsvorschriften für das Erbschaftssteuergesetz, auf die Bekanntmachungen über das Zustellungswesen usw. hingewiesen.

Dieser, wie der weitere Umstand, daß die bezeichnete Tätigkeit doch zu den selteneren Amtshandlungen der Notare zählt, haben die Notwendigkeit gezeitigt, in jedem Einzelfalle die zu beobachtenden Vorschriften von neuem mühsam und unter unverhältnismäßigem Zeitaufwand zusammenzusuchen. Dieser Erfahrung und wiederholt aus der Praxis heraus an mich ergangener Anregung ist der Versuch entsprungen, im folgenden unter Angabe der Quellen alle jene Vorschriften zusammenzufassen, welche bei der Behandlung der bei den Notariaten in amtlicher Verwahrung befindlichen letztwilligen Verfügungen zu beobachten sind.

Erhält der Notar Kenntnis vom Ableben eines Erblassers, dessen Verfügung von Todes wegen sich in der amtlichen Verwahrung des Notars befindet, so hat er diese Verfügung entweder abzuliefern oder zu eröffnen.

I. Die Ablieferung hat zu erfolgen:

1. Wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist.

In diesem Falle hat der Notar ungesäumt das zuständige Amtsgericht zu benachrichtigen. Auf die Aufforderung des Amtsgerichts hin hat ihm der Notar sodann die letztwillige Verfügung mitzuteilen oder den über deren Rückgabe aufgenommenen Akt zur Kenntnis zu bringen. Und zwar sind die vom Notar aufgenommenen letztwilligen Verfügungen in Ausfertigungen, die verschlossen bei ihm hinterlegten — auch wenn sie durch spätere Verfügung aufgehoben sind — in Urschrift und uneröffnet an das Gericht abzugeben.

Wenn sich jedoch der Notar, bei welchem die letztwillige Verfügung verschlossen hinterlegt ist, nicht am Sitze des Verlassenschaftsgerichtes befindet, so kann dieses den Notar mit der Eröffnung und Verkündung der letztwilligen Verfügung beauftragen.

In diesem letzteren Falle hat der Notar nach Vornahme der Verkündung von der Urschrift der Verfügung eine beglaubigte Abschrift anzufertigen und diese zu verwahren; die Urschrift dagegen ist an das Verlassenschaftsgericht zu übersenden (Bek. v. 5. Juli 1903, die Aenderung der Geschäftsordnung für das Notariat betr. JMBl. 1903/341 u. 243 mit Art. 27 u. 28 des NotG. v. 1861.)

2. Ist der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 verstorben und ist ein außerbayerisches deutsches Gericht als Nachlaßgericht zuständig, so hat der Notar die Verfügung von Todes wegen in Urschrift an das Nachlaßgericht abzuliefern (Bek. v. 5. Juli 1903 § 243 III).

3. Ist der Erblasser nach dem 30. September 1902 verstorben und die Zuständigkeit eines bayerischen Nachlaßgerichtes begründet, so hat der Notar die in seiner Verwahrung befindlichen offenen letztwilligen Verfügungen an das Nachlaßgericht abzuliefern (Bek. v. 4. Juli 1903 § 243 V).

4. Ist der Erblasser nach dem 30. September 1902 verstorben, ferner ein bayerisches Nachlaßgericht zuständig, so hat der Notar auch die verschlossen bei ihm verwahrten Verfügungen von Todes wegen an das Nachlaßgericht abzuliefern, wenn dieses mit dem Notariat sich am gleichen Orte befindet (Bek. v. 5. Juli 1903 § 243 V).

5. Testamente, die sich länger als 54 Jahre in Verwahrung befinden, sind, wenn angestellte Erforschungen, ob der Erblasser noch lebt oder gestorben ist, erfolglos bleiben, an das Amtsgericht des Amtssitzes abzuliefern (Bek. v. 5. Juli 1903 § 252).

II. Die Eröffnung der verwahrten Verfügungen durch den Notar hat zu erfolgen:

1. Wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899, aber vor dem 1. Oktober 1902 gestorben und die Zuständigkeit eines bayerischen Nachlaßgerichtes begründet ist. Dabei ist es gleichgültig, ob die Verfügung offen oder verschlossen dem Notar übergeben wurde (Bek. v. 5. Juli 1903 § 243 III).

2. Wenn der Erblasser nach dem 30. September 1902 verstorben und die Zuständigkeit eines bayerischen Nachlaßgerichtes begründet ist, so hat der Notar die letztwillige Verfügung nur dann zu eröffnen, wenn

a) sie sich verschlossen in seiner Verwahrung befindet, und

b) das Nachlaßgericht an einem anderen Orte seinen Sitz hat, als das Notariat (Bek. v. 5. Juli 1903 § 243 V).

Damit sind die Zuständigkeitsgrenzen für die Tätigkeit des Notars gegeben.

Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes gibt § 73 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Auskunft. Zweifel über die Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes sind durch Anfrage vorher zu beheben (Bek. v. 5. Juli 1903 § 243 VI).

Die Ablieferung wie die Eröffnung von letztwilligen Verfügungen sind als vordringliche Geschäfte zu erachten und zu betreiben, eine Verzögerung wegen mangelnder Kostendeckung darf nicht stattfinden (Bek. v. 5. Juli 1903 § 253).

III. Die Ablieferung.

Die Ablieferung erfolgt entweder im Wege der Uebersendung oder der Uebergabe.



a) Die Uebersendung.

Die Uebersendung nach auswärts geschieht mittels Einschreibebriefes. Der Postaufgabeschein ist aufzubewahren bis zum Einlangen der Empfangsbestätigung. Das Einlangen der Empfangsbestätigung ist zu überwachen durch Vormerkung eines Betriebstermines. Handelt es sich um eine *offene*, in Verwahrung befindliche Verfügung und hat der Erblasser hiervon noch keine Ausfertigung erhalten, so hat der Notar vor der Versendung eine beglaubigte Abschrift zu fertigen und an Stelle der Urschrift aufzubewahren (Bek. v. 5. Juli 1903 § 244).

b) Die Uebergabe am Orte.

Die Ueberbringung hat durch den Notar persönlich oder unter dessen Verantwortlichkeit durch einen Notariatspraktikanten oder einen zur Hypothekenbuchseinsicht befugten Gehilfen zu erfolgen, und zwar an den Richter oder dessen Stellvertreter oder den vom Vorstande des Amtsgerichts bestimmten Gerichtsschreiber (§ 39 der Bek. v. 20. März 1903 das Nachlaßwesen betr. JMBl. 1903/131).

Offene Verfügungen sind vom Notar vor der Ablieferung in einen Umschlag zu verschließen. Der Entwurf der Empfangsbestätigung ist mitzubringen. Die Bestätigung ist an der nach der Geschäftsregisternummer der Urschrift gebührenden Stelle der allgemeinen Urkundensammlung zu verwahren.

Sowohl die Versendung, wie die persönliche Ablieferung sind im Geschäfts- und Testamentsregister bei dem Eintrage über die Errichtung oder die Uebergabe der Verfügung von Todes wegen zu vermerken (Bek. v. 5. Juli 1903 §§ 244, 245).

Befindet sich beim Notariate nicht die Verfügung selbst, sondern nur die Mitteilung über die anderwärts erfolgte Errichtung oder Aufhebung eines Testaments, so ist diese beim Tode des Erblassers dem Nachlaßgerichte gegen Empfangsbestätigung zu übermitteln. Jedoch ist bei der Versendung dieser Mitteilung Einschreibesendung *nicht notwendig*, die Ablieferung am Orte braucht nicht durch den Notar oder Notariatspraktikanten oder einen zur Hypothekenbucheinsicht befugten Gehilfen zu erfolgen. Vielmehr kann diese Ablieferung auch durch die Post oder einen verlässigen Boten betätigt werden. Dagegen hat Vermerk im Geschäfts- und Testamentsregister zu geschehen und ist die Empfangsbestätigung, wie schon oben erwähnt, aufzubewahren (Bek. v. 5. Juli 1903, § 246).

Gebühren für Uebersendung und Ablieferung.

Dem Notar steht keinerlei Gebühr für die Uebersendung und Ablieferung der letztwilligen Verfügungen an das Nachlaßgericht zu. Ebensowenig kann der Notar Ersatz für Porto oder sonstige Auslagen beanspruchen. Selbst in den oben angeführten Fällen, in welchen der Notar eine beglaubigte Abschrift der Verfügung zurückbehalten muß, steht dem Notar ein Anspruch auf die Schreibgebühr für die beglaubigte Abschrift nicht zu (Art. 57 d. VO. v. 4. Juli 1903, die Revision der Notariatsgebührenordnung betr., JMBl. 1903/337).

Sonach hat der Notar bei der Uebersendung und Ablieferung der letztwilligen Verfügungen an das Nachlaßgericht keinerlei Anspruch auf Gebühren oder Ersatz von Barauslagen.

(Schluß folgt.)

Die Vorschriften des bayer. Kapitalrentensteuer-Gesetzes über Steuernachholung.

Von Rentamtmann **Yblagger** in Eichstätt.

Im engen Zusammenhange mit den in Nr. 21 des 1. Jahrg. der BayZfR. erörterten Bestimmungen über Kapitalrentensteuerhinterziehung stehen die Bestimmungen über die Steuernachholung (Nachbesteuerung). Sie bilden eine Ergänzung ersterer Bestimmungen, umfassen aber zugleich auch ein weiteres Gebiet, indem sie auch die Fälle einschließen, in welchen eine Hinterziehung der Steuer nicht vorliegt. Regelmäßig wird, anläßlich der alle 2 Jahre stattfindenden Neuanlage oder der im Laufe der zweijährigen Steuerperiode erstatteten Zugangsanzeigen, die Steuer der Pflichtigen vom Steuerausschusse bzw. vom Kgl. Rentamt festgesetzt.

Nun ergeben sich aber, sei es durch Absicht oder Uebersehen der Pflichtigen oder Fehler der Veranlagungsorgane (Steuerausschuß, Rentamt) Fälle, in welchen trotz bestehender gesetzlicher Steuerpflicht eine Neuanlage gänzlich oder zum Teil unterbleibt. In diesen Fällen besteht eine Verbindlichkeit der Steuerpflichtigen zur Nachzahlung der hiernach dem Staate entgangenen Steuern. Die Verwirklichung dieser Verpflichtung erfolgt durch Nachholung (Nachbesteuerung). Hiermit ist der Begriff der Nachholung gegeben. Nachholung ist also die nachträgliche Festsetzung einer für einen bereits abgelaufenen Zeitraum gesetzlich geschuldeten, jedoch nicht rechtzeitig oder nicht vollständig veranlagten Steuer. Der Nachbesteuerung entspricht selbstverständlich die Nachzahlungspflicht, weshalb auch häufig das Wort „Nachholung“ für die nachträgliche Einhebung der zurückgebliebenen Steuer gebraucht wird.

Nachholungen sind bei allen Steuern und öffentlichen Gefällen möglich.

Im folgenden sollen jedoch nur die Bestimmungen über die Nachholung der Kapitalrentensteuer näher untersucht werden.

Das bayer. Kapitalrentensteuer-Gesetz bestimmt hierüber: „Steuerpflichtige, welche bei der Einsteuerung übergangen oder mit einem niedrigeren

Steuersatze veranlagt worden sind, als dies nach ihrem steuerbaren Kapitalrentenbezug hätte geschehen sollen, sind zur Nachzahlung des der Staatskasse entgangenen und durch das Rentamt festzusetzenden Betrages verpflichtet."

Voraussetzungen der Nachholung sind also:
1. Steuerpflicht,
2. Unterbliebene oder zu niedrige Festsetzung.

Ueber die erste Voraussetzung sind weitere Ausführungen nicht veranlaßt, da bereits im ersten Aufsatze die Steuerpflicht eingehend besprochen ist. Anders liegt die Sache bezüglich der zweiten Voraussetzung. Hier ist vor allem zu erwähnen, daß der Wortlaut des Gesetzes nicht alle Fälle umfaßt. Uebergangen ist eigentlich nur derjenige, dessen Steuerpflicht vom Steuerausschusse oder vom Rentamt überhaupt nicht gewürdigt wurde. Wie aber steht es, wenn die Steuerpflicht zwar gewürdigt, aber wegen unrichtiger Voraussetzungen nicht als gegeben erachtet werden kann? Soll hier keine Nachholung stattfinden? Man wird die Frage dahin beantworten müssen, daß eine Nachholung stattfindet. Denn wenn das Gesetz auch in den Fällen, in welchen eine zu geringe Festsetzung stattfand, Nachholung für zulässig erklärt, warum soll die Nachholung unterbleiben wegen irriger Befreiung?

Das Gesetz läßt sowohl im Falle gänzlicher Uebergehung, als auch im Falle irriger Befreiung die Nachholung unbedingt zu. Dies ist für die Fälle eigentlicher Uebergehung unbedenklich. Anders steht es bei irriger Befreiung und zu niedriger Veranlagung. Diese Bestimmung ist mit Rücksicht auf die Anordnungen in Art. 22/24 des Kapitalrenten- und 56/58 des Einkommensteuergesetzes, wenigstens bezüglich der im Neuanlage- oder im Rektifikationsverfahren auf erfolgte Einsprache vom Steuerausschusse erfolgten Festsetzung nicht unbedenklich.

Nach den vorgenannten Bestimmungen sollte man annehmen, daß die Steuer nach Ablauf der Berufungsfrist **rechtskräftig** d. h. für beide Teile (Staat und Pflichtige) **unantastbar** festgesetzt und nur auf Grund neuer z. Zt. der Neuanlage unbekannter Tatsachen eine Aenderung zulässig sei.

Der Wortlaut des Art. 65 belehrt uns aber eines anderen und hiermit stellt sich die Rechtskraft der Steuer eigentlich nur als einseitige Unanfechtbarkeit von seite der Pflichtigen dar. Diese Bestimmung ist neu; die betreffende Vorschrift des Gesetzes vom 19. Mai 1881 lautete:

„Steuerpflichtige, welche bei Feststellung der Kapitalrentensteuer übergangen oder wegen **strafbarer Zuwiderhandlung** gegen das Gesetz mit einem niedrigeren Steuersatze veranlagt worden sind . . . ."

Hier war die Rechtskraft der Steuerfestsetzung gewahrt. Denn wo gar keine Veranlagung oder eine Veranlagung auf unrichtiger Grundlage stattgefunden, kann von einer Rechtskraft nicht die Rede sein, oder es sind wenigstens die Voraussetzungen der Wiederaufnahme gegeben.

Die neue Gesetzesbestimmung ist dem § 80 des preußischen Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891 nachgebildet und gleichlautend mit § 77 des sächsischen Gesetzes vom 24. Juli 1900.

Allein es ist nicht zu übersehen, daß sowohl die preußische Regierung in den zum Gesetze erlassenen Ausführungsanweisungen vom 31. August 1894 und vom 6. Juli 1900 in Uebereinstimmung mit den klaren Beschlüssen des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 4. Dez. 1900 als auch das neue württembergische Einkommensteuer-Gesetz vom 8. August 1903 die Grundsätze der Rechtskraft gewahrt haben, indem sie bestimmen, daß eine Nachschätzung außer dem Falle der strafbaren Steuergefährdung dann einzutreten hat, wenn eine Uebergehung, unrichtige Befreiung oder zu niedrige Veranlagung stattgefunden hat und **neue** für Veranlagung erhebliche Tatsachen oder Beweismittel erst zu einer Zeit beigebracht werden, zu welcher die Anfechtung der Veranlagung im Wege der Rechtsmittel nicht mehr möglich ist. Man kann nicht umhin zuzugestehen, daß die bayerischen und sächsischen Bestimmungen eigentlich logische Fehler enthalten und mit den Begriffen der Rechtskraft unvereinbar sind.

Die gesetzgebenden Faktoren haben das Bedenkliche dieser Bestimmungen selbst gefühlt. Sie lassen daher in den Motiven und Kammerverhandlungen vernehmen:

„Die Bestimmung soll nicht zu beliebigen kleinlichen Nachholungen oder gar zu Schikanen benützt werden, sodaß nicht der jeweilige Wechsel in der Rechtsanschauung eine Veranlassung zur Nachholung bilden soll."

Die für die Erweiterung der Nachholungsbefugnis in diesem Maße angeführten Gründe treffen namentlich für die Kapitalrentensteuer gar nicht zu und sind für die beiden übrigen Steuergattungen nicht stichhaltig, denn wenn auch bei der Einkommen- und Gewerbesteuer die Unterlassung der Steuererklärung nicht mit Strafe bedroht ist, so konnte ja auch schon bisher im Falle der **straflosen Uebergehung** eine Nachholung erfolgen.

Zwar sind die oben erwähnten Einschränkungen in die Vollzugsvorschriften zu den Steuergesetzen aufgenommen worden, desgleichen hat sie zum Teile auch die Oberberufungskommission anerkannt (Entsch. 26. Nov. 1904 B. B. S. 55), allein eine vollständige **gesetzliche** Sicherung des Steuerpflichtigen, daß er nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eines Angriffes auf seine rechtskräftig festgesetzte Steuer ebenso enthoben sei wie der Staat, ist hiermit nicht erreicht und es bleibt eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung des letzteren.

Die Festsetzung der Nachholung erfolgt vorbehaltlich der im letzteren Absatz geregelten Rechtsmittel endgiltig durch das **Rentamt, nicht** durch den Steuerausschuß. In dieser Beziehung befindet sich das Gesetz in Uebereinstimmung mit dem sächsischen Einkommensteuergesetze vom 24. Juli,

während das preußische und württembergische Einkommensteuergesetz für die Nachbesteuerung dasselbe Verfahren wie für die regelmäßige Besteuerung vorsehen und in Württemberg nur ein Provisorium des Bezirkssteueramts zugelassen ist.

Behufs zeitlicher Begrenzung der Nachholung bestimmt Art. 42: „Der Anspruch auf Nachzahlung ist jedoch nicht weiter zu verfolgen als auf 10 Jahre vom Beginne des Jahres an zurückgerechnet, in welchem die Tatsache der Verkürzung bekannt geworden ist."

Hier ergibt sich nun die Frage: Ist der Nachbesteuerungsanspruch für die ganze Zeitperiode der Nachholung ein einheitlicher oder setzt er sich nicht vielmehr aus den Ansprüchen auf die einzelnen Jahresraten zusammen? Würde man hier dem Wortlaute des Gesetzes folgen, so käme man zu der Annahme eines einheitlichen Anspruches; die Ausdrücke „Anspruch", „Betrag" scheinen hierauf hinzuweisen. Gleichwohl ist dem nicht so. Die Mehrheit der Ansprüche nach den einzelnen Jahren und Jahresabschnitten folgt schon aus dem Wesen der Nachholung, welche ja nichts anderes ist als die nachträgliche Festsetzung der geschuldeten, jedoch zurückgebliebenen Steuern. Diese sind nach den betreffenden Steuerperioden und -Abschnitten unter sich verschiedene einzelne Ansprüche. Da in Bayern die festgesetzten Steuern quartalsweise verfallen und die Steuerschuldigkeiten quartalsweise reguliert werden, besteht also wie für jedes Quartal eine besondere Steuerpflicht, so ein gesonderter Nachholungsanspruch.

Sollte aber wirklich noch ein Zweifel bestehen, so wird er sicher durch Art. 42 Abs. 4 beseitigt. Dieser wäre geradezu undenkbar, wenn man einen einheitlichen unmittelbaren Anspruch annehmen wollte. Auf ähnlichem Standpunkte befinden sich das sächsische Einkommensteuergesetz vom 24. Juli 1900 § 77 Abs. III, und Art. 80 Abs. II des württemb. Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903, während § 80 Abs. III des preuß. Einkommensteuergesetzes vom 24. Januar 1891 auf einen einheitlichen Nachbesteuerungsanspruch hinweist.

Die Frage ist vornehmlich für die Verjährung praktisch. Der Ansicht bei Henle-Schneider, AG. z. BGB. Art. 124 Anm. 4, daß Art. 42 II eine Ausnahme von dem Verjährungsrecht des Art. 124 bilde, kann nicht beigetreten werden. Der Anspruch (besser die Ansprüche) auf Nachholung unterliegen offenbar, solange die Tatsachen hierfür nicht bekannt und festgesetzt sind, nicht der abgekürzten Verjährung. Sobald dies aber der Fall ist, unterliegen sie dieser Verjährung. Eine Ausnahme von Art. 124 ist also in Art. 42 II nicht gegeben. Art. 42 II behandelt aber gerade die Fälle, in denen die fraglichen Tatsachen dem Amte nicht bekannt werden.

Bezüglich der Verjährung nach Art. 124 kommt man überdies auf das gleiche Ergebnis, ob man einen oder verschiedene Nachholungsansprüche annimmt. Beide unterliegen vom Augenblicke der Festsetzung der rechtserheblichen Tatsache an der Verjährung nach Art. 24. Dieser Zeitpunkt aber ist für die einheitlichen wie für die verschiedenen Ansprüche derselbe.

Dagegen enthält Art. 42 II eine Einschränkung der allgemeinen 30 jährigen Verjährung. Solange nämlich die Tatsachen für die Nachholungsansprüche nicht festgestellt sind, unterliegen sie der allgemeinen zivilrechtlichen 30 jährigen Verjährung (vgl. Anm. 5 Henle-Schneider, AG. z. BGB. S. 195). Sohin könnte, das Vorhandensein der Steuerpflicht vorausgesetzt, auf 30 Jahre (besser 120 Quartale) vom Zeitpunkt der Entdeckung zurück nachgeholt werden; wenn also Art. 42 II die Nachholung nur auf 10 Jahre (40 Quartale) vom Beginn des Festsetzungsjahres zurück zuläßt, so stellt sich dies als Einschränkung der gewöhnlichen Verjährung dar.

Hier ergeben sich, je nachdem man einheitliche im Höchstbetrage von 10 Jahresraten fixierte Nachholungsansprüche oder 10 (Quart. 40) verschiedene Ansprüche annimmt, rechtserhebliche Unterschiede.

Nimmt man einen Nachholungsanspruch an, so wird er existent (actio nata) im Zeitpunkte der Entdeckung; von da ab läuft die 30jährige Frist für den Gesamtanspruch. Nimmt man aber einzelne Ansprüche an, so läuft für jedes Jahr bzw. Quartal vom Zeitpunkt der Uebergehung an die 30 jährige Frist. Angenommen also, ein Steuerpflichtiger wird vom Jahr 1900 mit 1905 übergangen, im Januar 1905 wird diese Tatsache entdeckt, die Feststellung unterbleibt aus Versehen, so ist bei Annahme eines Anspruches dieser erst mit dem letzten Dezember 1935 verjährt; bei Annahme einzelner Ansprüche sind jedoch die Raten für 1900, 1901 rc. schon Ende 1930, 1931 rc. verjährt.

Das württembergische Einkommensteuergesetz, welches, wie bereits ausgeführt, einzelne Nachholungsansprüche annimmt, bestimmt in Art. 80 Abs. V.: „Die Verjährung der Nachforderung läuft vom Schlusse des Steuerjahres, für welches die Steuer zu entrichten war."

Da aber das bayerische Gesetz eine derartige Bestimmung nicht enthält, muß, wie oben erörtert, für jedes Quartal eine besondere Verjährungsfrist angenommen werden.

Die selbstverständliche Voraussetzung für die Nachholung ist, daß der Steuerpflichtige die gesetzlich geschuldete Steuer nicht oder nur teilweise entrichtet hat, daher muß in erster Linie festzustellen versucht werden, ob und mit wieviel Renten der Pflichtige übergangen und wieweit sich seine Minderbezahlung eigentlich erstreckt. Reicht sie nicht mehr bis zum Zeitpunkte der Entdeckung oder reicht sie nicht 10 Jahre zurück, so erstreckt sich die Nachzahlung selbstverständlich nur auf den geringeren Zeitraum.

Da die Steuerziele in Bayern quartalsweise festgelegt sind, können auch hier einzelne Quartale, nicht bloß ganze Jahresraten in Frage kommen.

Die von Pflichtigen in der Zwischenzeit fatierten Mehrungen und Minderungen müssen bei Feststellung der tatsächlichen Renten in Rechnung gezogen werden.

Nun ist es aber für die Steuerbehörde oftmals sehr schwer, sowohl den Zeitraum als auch die Höhe der Minderfassion einwandfrei festzustellen. Deshalb kommt ihr das bayerische Gesetz zu Hilfe mit einer Vermutung, indem es bestimmt:

„Hiebei (nämlich bei Berechnung der Nachholung für 10 Jahre) soll im Zweifel (wenn also Zeit und Höhe des wirklichen Bezuges der Rente nicht klar feststeht) der höchste Steuerbetrag zugrunde gelegt werden, welcher in einem der drei letzten Jahre nach dem Gesetze geschuldet war."

Voraussetzung ist also nur, daß die Fassion in den letzten drei Jahren nachgewiesenermaßen niedriger war, als sie gesetzlich hätte sein sollen. Dann kann auf 10 Jahre vom Zeitpunkte der Entdeckung an zurück die Nachholung nach der höchsten Steuerschuldigkeit der letzten 3 Jahre berechnet werden. In diesem Falle dürfen aber etwaige Mehrungen, die der Pflichtige fatiert hatte, nicht noch weiter zugesetzt werden. Die höchste Schuldigkeit der letzten 3 Jahre ist die oberste Grenze bzw. der höchste Faktor. Nehmen wir an: A. bezog tatsächlich im Jahre 1903 : 1000, 1904 : 1200, 1905 : 1100 Mk. Renten, sein Rentenbezug geht vermutlich über 1903 zurück, seine Fassion stets auf 500 Mk., so kann, wenn im Jahre 1906 entdeckt wird, die Nachholung bis inkl. 1895 aus der Differenz von 500 auf 1200 Mk. Renten erfolgen.

Die Vermutung ist zwar nicht unwiderleglich (praesumtio de jure), sondern sie unterliegt dem Gegenbeweise durch den Pflichtigen (praesumtio juris). Allein dieser Nachweis kann sehr schwer werden.

Außer dem bayerischen Gesetz enthält noch das sächsische Einkommensteuergesetz (§ 77) eine ähnliche Vermutung, während die preußischen und württembergischen Einkommensteuergesetze diese Vermutung nicht kennen und den Nachweis für die Nachbesteuerung der Steuerbehörde überlassen.

Am häufigsten ergibt sich der Fall der Nachbesteuerung nach dem Tode des Pflichtigen. Für diese Nachbesteuerung trifft daher Art. 42 III noch besondere Anordnungen.

Im allgemeinen ist festzuhalten, daß die Voraussetzungen der Absätze I und II auch bei diesen Nachholungen geradeso wie bei einer Nachholung zu Lebzeiten gegeben sein müssen. Aber für gewisse Fälle sieht Art. 42 Abs. III eine Erweiterung der Nachholung vor. Stellt sich nämlich die Steuerverkürzung hier als eine absichtliche Hinterziehung dar, so kann, wenn die Vermutung begründet erscheint, daß die Steuerverkürzung auf mehr als 10 Jahre zurückreicht, bis auf zwanzig Jahre vom Beginn des Entdeckungsjahres zurückgegangen werden.

Da das Gesetz eine weitere Vermutung nicht aufstellt, so obliegt der Steuerbehörde:

1. nachzuweisen, daß eine Hinterziehung und zwar eine absichtliche (im Gegensatz zu Art. 33 Abs. I) vorliegt,
2. glaubhaft zu machen, daß die Verkürzung über 10 Jahre zurückgreift.

Dann erst ist ein Zurückgehen auf 20 Jahre gerechtfertigt, vorbehaltlich des von den Erben zu liefernden Gegenbeweises.

Die Bestimmung der erhöhten Nachbezahlung bezweckt wohl auch einen Ersatz für die vom Verstorbenen verwirkte Strafe. Der Gesetzgebung der anderen Bundesstaaten ist eine derartige Bestimmung fremd.

Es wird weiter bestimmt, daß die Nachzahlung aus dem Nachlasse bzw. von den Erben zu leisten ist. Da es nach dem neuen bürgerlichen Rechte eine hereditas jacens mit juristischer Person nicht mehr gibt, können nur die Erben als verpflichtete Rechtssubjekte in Betracht kommen. Die Schuld ist aber hiermit als Nachlaßverbindlichkeit erklärt. Die Haftung der Erben ist gesamtverbindlich und persönlich, jedoch auf die Höhe des Nachlasses oder Nachlaßanteiles beschränkt. Sie bleibt nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung hierauf beschränkt, wenn auch die Erben für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haften.

Da, wie bereits erörtert, der Nachholungsanspruch in die einzelnen zurückgebliebenen Steuerschuldigkeiten zerfällt, so ist es ganz selbstverständlich, daß hieraus auch an die Kommunalverbände die hieraus treffenden Kommunalabgaben zu entrichten sind. Daher bestimmt Art. 42 Abs. IV, daß für die nachzuholenden Steuern die einzelnen Orte festzusetzen sind, an welchen sie zu verlangen gewesen wären.

Es werden jedoch hiermit dem Rentamte keine besonderen Erhebungen auferlegt, sondern nur die Verpflichtung, die Orte festzustellen, soweit sie sich aus den Nachholungsverhandlungen ergeben.

Wie bereits erörtert, ist die Festsetzung des Rentamts endgültig, es findet keine allgemeine Nachprüfung durch den Steuerausschuß statt. Nur wenn der Pflichtige Einsprache erhebt, unterliegt das Rentamt der Prüfung des Steuerausschusses.

Ueber das Verfahren bestimmt Art. 82 und 66 des Einkommensteuergesetzes und § 13 der Bekanntmachung vom 4. Januar 1900 GVBl. S. 101: „Die Einsprache ist binnen zwei Wochen vom Tage der Eröffnung an gerechnet beim Rentamte zu erheben. Sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Sie ist dem Steuerausschusse bei seinem nächsten Zusammentreffen vorzulegen. Sie hat keine aufschiebende Wirkung."

Gegen den Ausspruch des Steuerausschusses auf die Einsprache sind die ordentlichen Rechtsmittel (Berufung, Beschwerde) zulässig.

In jenen Jahren, in welchen keine Neuanlage stattfindet, ist zum Zwecke der Verbescheidung der

Einsprachen sowohl gegen Nachholung als gegen die Festsetzung der Zugänge, Mehrungen und Minderungen der Ausschuß besonders einzuberufen.

Jedoch kann mit Genehmigung der Regierungsfinanzkammer der Einlauf bis zum regelmäßigen (zweijährigen) Zusammentritte des Ausschusses verschoben werden, wenn nicht viele und nicht wichtige Fälle vorliegen.

Die Ergebnisse der Ausschußverhandlungen sind den Beteiligten gegen Nachweis schriftlich zu eröffnen, mit dem Beifügen, daß die Berufung binnen 5 Wochen vom Tage der Eröffnung an beim Rentamt schriftlich oder mündlich eingelegt werden kann. Die Berechnung der Fristen erfolgt gemäß Art. 84 des Einkommensteuergesetzes nach den Bestimmungen des BGB. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder Feiertag, so endigt sie mit dem Ablaufe des nächsten Werktages.

Mitteilungen aus der Praxis.

Verminderung des Schreibwerks bei den Justizbehörden. Mehrere in jüngster Zeit in Tagesblättern erschienene Abhandlungen haben sich mit der Frage beschäftigt, wie dem Ueberwuchern formaler Geschäfte bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften entgegengewirkt und eine Minderung der mechanischen Schreibarbeit angebahnt werden kann (s. z. B. Nr. 261 der Beilage zur Allgemeinen Zeitung: Briefe eines bayerischen Richters III). Es wurden dabei manche Verbesserungs-Vorschläge laut; dagegen war ein Eingehen auf die Frage zu vermissen, ob denn nicht unsere Behörden schon innerhalb des Rahmens der bestehenden Vorschriften sich durch eigene Tätigkeit Erleichterungen verschaffen könnten. Sehen wir genauer zu, so machen wir die überraschende Entdeckung, daß nicht etwa nur der Mangel an niederem Personal, an Schreibmaschinen usw. zur Ueberlastung der Justizbeamten mit Schreibarbeiten beiträgt, sondern auch ihr zähes Festhalten an überkommenen Formen. Am 28. April 1901 erließen die Zivilstaatsministerien eine auf die Vereinfachung des Schreibwerks zielende sehr geschickt abgefaßte Bekanntmachung (GVBl. 1901 S. 379), durch die eine Reihe alter Zöpfe abgeschnitten wurde. Viele Justizbeamte lasen aber die Bekanntmachung nicht genau; andere hingen mit solcher Liebe an den altehrwürdigen bureaukratischen Floskeln, daß sie sich zum Abschied von ihnen nicht entschließen konnten. Einige Vorschriften der Bekanntmachung wurden so wenig beachtet, daß sich das Justizministerium genötigt sah, durch eine autographierte Entschließung vom 19. Juli 1905 auf ihre genauere Durchführung zu dringen. Gleichwohl wird immer noch viel gesündigt.

In § 5 Abs. 5 der Bek. vom 28. April 1901 heißt es z. B.: „Im Texte sind überflüssige Bezugnahmen auf den Betreff und auf den veranlassenden Einlauf zu vermeiden." Alle Berichte und sonstigen Schriftstücke sollen sofort mit dem sachlichen Vortrag anfangen. Und doch beginnen auch heutzutage noch viele Dienstschreiben etwa mit der folgenden ebenso überflüssigen als schwülstigen Einleitung: „Auf das im ausgesetzten (!) Betreffe am 6. d. Mts. anher (!) gerichtete Ersuchen wird unter Zurückgabe der Beilagen hiermit Folgendes ergebenst mitgeteilt." Und immer wieder muß man es erleben, daß halbe oder ganze Seiten mit der durch § 5 der Bek. vom 28. April 1901 und Ziff. 2 der autogr. Entschl. vom 19. Juli 1905 ausdrücklich verpönten Aufzählung der Beilagen angefüllt werden, und daß dann als unscheinbares Anhängsel eine sachliche Ausführung von einigen Zeilen folgt.

„Bei der Begründung von Entscheidungen ist unbeschadet der Gründlichkeit möglichste Kürze anzustreben", heißt es in § 9 der Bek. vom 28. April 1901 Eine sehr beherzigenswerte Mahnung! Die Abfassung der Urteile (vor allem in Zivilsachen) liegt bei uns in Bayern noch recht im argen. Die Tatbestände geben nur selten „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitverhältnisses" (§ 313 Nr. 3 ZPO.), sondern bestehen zumeist aus einer Aneinanderreihung sämtlicher Anwaltsschriftsätze in indirekter Rede und einer endlos ausgesponnenen Darlegung der Prozeßgeschichte. Umfaßt das Urteil bei einem einigermaßen schwierigen Falle nicht mindestens 10 Seiten, so fürchtet der Berichterstatter den Vorwurf mangelnder Sorgfalt und Gründlichkeit. Und doch könnte er einen solchen Vorwurf recht rasch und gründlich mit der Hinweisung auf den Eingang der autogr. Entschl. vom 19. Juli 1905 abtun, in dem es heißt, „breite und weitschweifige Darlegungen kosten nicht nur sowohl den Verfasser als den Leser unnötigerweise Zeit, sondern setzen auch den Verfasser dem Verdacht aus, daß er sich von dem Sachverhalt .... kein klares Bild gemacht und nicht ..... den Inhalt genügend überlegt hat." Leider gehen gerade die höheren bayerischen Gerichte nicht immer mit dem besten Beispiele voran. Dagegen können die in der Kürze zuweilen bis an die Grenze des Zulässigen gehenden reichsgerichtlichen Erkenntnisse vortreffliche Muster für die Urteilsfassung abgeben.

Ist es eine ungerechte Verdächtigung, wenn man die Vermutung ausspricht, an der beklagenswerten Vielschreiberei trage mitunter eine gewisse Bequemlichkeit und Aengstlichkeit die Schuld, die es vorzieht, in der „Gewohnheit trägem Geleise" dahinzufahren, statt mit fester Hand des Aktenstylus vergangener Zeiten sich zu entledigen und neue einfachere Formen zu suchen?[1])

Schließlich noch ein Wort über die Zweckmäßigkeit des in jüngster Zeit so vielfach empfohlenen Diktierens der Urteile. Es dürfte für alle die Fälle zu widerraten sei, in denen der im Urteile niedergelegte Gedankengang nicht ganz einfach ist. also z. B. wohl für die Mehrzahl der Zivil-Endurteile. Der Vergleich mit den Verhältnissen im kaufmännischen Geschäftsverkehr trifft nicht zu. Ein Zivilurteil ist ein weit komplizierteres Gebilde als etwa eine briefliche Warenbestellung. Es läßt sich nicht einfach aus dem Stegreif niederschreiben. Jedermann wird schon

---

[1]) Manche unnötige Arbeit würde auch erspart werden, wenn die Vormundschafts- und Nachlaßgerichte häufiger mit den Parteien unmittelbar schriftlich in Verbindung treten und nicht wegen jeder Kleinigkeit den Apparat der Rechtshilfe in Bewegung setzen würden. Die Richter in den Großstädten haben zahllose Requisitionen zu erledigen, bei denen es sich nur um Erholung tatsächlicher Aufschlüsse oder um ganz einfache Mitteilungen an Beteiligte handelt.

die Erfahrung gemacht haben, daß auch bei dem Entwerfen schwieriger Arbeiten in stenographischer Schrift der Aufbau der Gedanken nicht das richtige Gefüge erhalten will und daß die völlige Klarheit und die Knappheit der Form sich erst einstellen, wenn das Gedankenbild in der übersichtlichen schärfer ausgeprägten Kurrentschrift sich vor dem Auge des Verfassers deutlich gestaltet. Beim Diktieren vollends werden sich Flüchtigkeiten im Stil, Wiederholungen und Weitschweifigkeiten, aus dem Zeitungsdeutsch übernommene Redewendungen in noch größerer Zahl einschleichen, als wir sie heutzutage schon in Urteilen zu finden gewohnt sind. Ein sorgsamer Arbeiter wird dann an dem Entwurfe, der aus der Hand des Schreibers hervorgeht, vielleicht so viel auszubessern haben, daß der Zeitgewinn wieder verloren geht.

Staatsanwalt von der Pfordten in München.

Zur Bezeichnung der Anteile nach bayerischem Hypothekenrecht. Das ObLG. hat mit Beschluß vom 11. August 1906 (BayZfR. S. 405) auch neuerdings wieder für den Geltungsbereich unseres bisherigen Hypothekenrechtes die Notwendigkeit der genauen Bezeichnung der Anteile beim Erwerbe mehrerer bejaht. Die Begründung geht insbesondere davon aus, daß der gesetzgeberische Grund, der bei § 48 GBO. vorliege, auch für das bayer. Hypothekenrecht gegeben sei, und daß das Hypothekengesetz keine gegenteilige Vorschrift enthalte.

Dieses Schweigen des Hypothekengesetzes dürfte aber die Notwendigkeit der Bezeichnung der Anteile nicht rechtfertigen.

Wie in der Grundbuchordnung, so müßte auch im Hypothekengesetz die genaue Bezeichnung der Anteile vorgeschrieben sein, wollte man allgemein aus dem Fehlen dieser Bezeichnung einen Unvollziehbarkeitsgrund entnehmen. An die allgemeine Notwendigkeit dieser Bezeichnung wurde bisher auch nicht gedacht; denn in der Mehrzahl der bisherigen Einträge fehlt die Bezeichnung der Anteile.

Auch nach Becher (Bd. I S. 710), auf den der Oberste Gerichtshof verweist, ist die Bezeichnung der Anteile nicht unter allen Umständen notwendig; die Beifügung der Forderungsanteile bei mehreren Gläubigern sei nur dann veranlaßt, falls die Forderungsanteile unter sich verschieden sind. Andernfalls — mangels eines besonderen Eintrages — gelte der Satz „nomina ipso jure divisa sunt".

Den Grundsatz, daß Geldforderungen kraft Gesetzes geteilt sind, hat auch das BGB. (OLGRspr. XII S. 66); es spricht also auch jetzt noch die Vermutung für die gleichen Anteile. Es mag ja die Unterlassung der Bezeichnung der Anteile mit Rücksicht auf den späteren Uebergang des Hypothekenbuchs in das Grundbuch unzweckmäßig sein, aber ein gesetzliches Hindernis der Eintragung auch ohne diese Bezeichnung besteht nicht.

Notar Dr. Dennler in Lauf a. P.

Sind die Amtsgerichte zuständig zur Beurkundung von Vereinbarungen des unehelichen Vaters und der unehelichen Mutter über deren Ansprüche nach §§ 847, 1300 BGB.? Amtsrichter Kraus in München hat in einer Mitteilung auf S. 313 dieser Zeitschrift diese Frage bejaht unter Bekämpfung meiner Ausführungen auf S. 79 dieser Zeitschrift. Er geht dabei m. E. von einer unrichtigen Auslegung des Passus „die der Mutter aus der Beiwohnung und Entbindung entstandenen Ansprüche" in Art. 15 des AG. z. GVG. aus, indem er darunter alle Ansprüche versteht, die zur Voraussetzung haben, daß es zwischen den Beteiligten zum außerehelichen Beischlaf gekommen ist. Auf weitere Voraussetzungen komme es dabei nicht an. Dem ist folgendes entgegen zu halten: Ein Anspruch ist ein Rechtsverhältnis, das einen gewissen Tatbestand voraussetzt. So lange dieser nicht vorliegt, besteht der Anspruch noch nicht, auch dann nicht, wenn nur einzelne seiner Teile eingetreten sind. Aus dem Tatbestand als Ganzem erst folgt als juristisches Ergebnis der Anspruch, „entsteht er". Der Tatbestand in seiner Gesamtheit ist der Grund des Anspruchs. Daher kann von einem aus der Beiwohnung entstandenen Anspruch nur dann die Rede sein, wenn die Beiwohnung der Tatbestand ist, der den Anspruch hervorbringt, der Grund des Anspruchs, nicht wenn sie nur Merkmal eines andern Tatbestands ist, der den Anspruch erzeugt, für sich allein aber den Anspruch nicht zum Dasein bringen kann. Dieser der Rechtslogik entsprechende Sprachgebrauch ist auch der des BGB., das in den §§ 985 ff. von Ansprüchen aus dem Eigentum spricht, während es den Anspruch aus § 823 einen Anspruch aus unerlaubter Handlung nennt, da hier das Eigentum nur ein Tatbestandsmerkmal ist. Die gleiche Auslegung, die ich dem Art. 15 AG. z. GVG. gebe, wird auch dem § 23 GVG. von der Praxis zu teil (Rspr. d. OLG. Bd V S. 87). Das AG. z. GVG., das sich gerade in vorliegender Bestimmung an BGB. und GVG. anschließt, kann keinen andern Sprachgebrauch haben als diese beiden. Demnach sind in Art. 15 AG. z. GVG. unter den der Mutter aus der Beiwohnung und der Entbindung entstandenen Ansprüchen nicht die Ansprüche aus §§ 847, 1300 BGB. zu verstehen, da sie aus andern Tatbeständen entstanden sind (vgl. meine Ausführungen S. 79). Will man diese Ansprüche dennoch unter Art. 15 AG. z. GVG. bringen, so muß man notgedrungen vom Wortlaut abweichen und zu ausdehnender Auslegung greifen, die hier aus den auf S. 79 angeführten Gründen nicht angängig ist. Aus demselben Grund ist es auch nicht statthaft, auf die gesetzgeberischen Vorarbeiten zurückzugreifen, umsomehr als hierfür auch keinerlei Bedürfnis besteht. Denn die Ansprüche der Mutter aus §§ 847, 1300 BGB. hängen mit dem Unterhaltsanspruch des Kindes doch nur sehr äußerlich zusammen, nicht viel mehr als etwa der Anspruch auf Rückgabe der Verlobungsgeschenke (§ 1298 BGB.).[1]

Rechtspraktikant Puchta in Rothenburg o. T.

[1]) Anm. d. Herausgebers. Es dünkt uns zweifelhaft, ob man wegen einer vielleicht nicht ganz glücklichen und genauen Ausdrucksweise dem Gesetz eine Auslegung geben darf, die der Praxis Fesseln anlegt und die fragliche Vorschrift geradezu hinfällig und bedeutungslos machen würde. Da über den Willen des Gesetzgebers kein Zweifel bestehen kann und der Wortlaut eine ihm entsprechende Deutung immerhin zuläßt, wird man sich nicht aus rein formalen Erwägungen über ihn hinwegsetzen dürfen.



Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zur Auslegung des § 47 Abs. 2 der Bayer. Hinterlegungsordnung.[1]) In einem Strafverfahren gegen den Kaufmann E. hinterlegte dessen Verteidiger zur Abwendung der Untersuchungshaft bei der Kgl. Filialbank München (Hinterlegungsstelle) eine Sicherheit von 20000 Mk. in Gestalt eines 2%igen Bankscheins dieser Bank. Als Hinterleger wurde E. bezeichnet; ein anderer Empfangsberechtigter ist in der Hinterlegungserklärung nicht genannt. Als die Sicherheit frei wurde, kam es zwischen dem Kaufmann H. (einem Verwandten des E.) und einer Münchener Bank als Pfändungspfandgläubigerin hinsichtlich des E.'schen Rückgabeanspruchs zum Widerspruchsprozeß; H. behauptete, die Sicherheit sei aus seinem Vermögen geleistet und der Betrag von ihm zur Verfügung des Verteidigers seinerzeit auf eine Münchener Bank angewiesen worden. Das Landgericht gab der Klage statt, weil erwiesen sei, daß der zur Sicherheitsleistung verwendete Geldbetrag bis zum Augenblick der Hinterlegung Eigentum des Klägers gewesen und weil die Forderung gegen die Bank an die Stelle des Geldes getreten sei. Die Berufung wurde zurückgewiesen, weil, wenn auch diese Auffassung des Landgerichts nicht gebilligt werden und Empfangsberechtigter nur der Hinterleger sei, doch als Hinterleger nach den Umständen nicht E., sondern nur H. angesehen werden könne. H. habe niemals die Absicht gehabt, seinem Neffen E. außerhalb des Kautionszwecks Recht an den 20000 Mk. zuzuwenden; ebensowenig habe der Verteidiger eine solche Absicht bei der Ausfüllung der Hinterlegungserklärung gehabt oder daran gedacht, das ihm von H. überwiesene Geld in das Eigentum des E. zu bringen. Wenn auch die Hinterlegungsstelle dem Gericht gegenüber selbständig sei, so könne doch die in den Untersuchungsakten abgegebene Erklärung des Verteidigers, die Kaution werde von dritter Seite gestellt, nicht unbeachtet bleiben, obwohl sie der Bank gegenüber nicht wiederholt worden sei. Eine irrtümliche Bezeichnung des Hinterlegers könne die wirkliche Rechtslage nicht ändern; in Wirklichkeit habe der Verteidiger als Beauftragter des H. und nicht des E. gehandelt. Auf die Revision der Beklagten wurde die Klage abgewiesen

Aus den Gründen: Die Annahme, daß nicht E., sondern H. der Bank als Gegenkontrahent des Hinterlegungsvertrags gegenüberstehe, ist mit dem Hergang unvereinbar. Selbst wenn der Verteidiger von H. beauftragt gewesen wäre, das Geld auf des Klägers Namen zu hinterlegen, ließe sich angesichts des wirklichen Hergangs kein Anspruch des Klägers begründen. Es ist aber von einem solchen Auftrag keine Rede. Nach der vom Kläger nicht widersprochenen Annahme des Landgerichts wollte der Kläger nicht haben, daß sein Name genannt werde. Mag hiernach der Verteidiger mit Recht oder mit Unrecht den E. als Hinterleger bezeichnet haben; keinesfalls kann angenommen werden, daß er im Namen des Klägers hinterlegen wollte und hinterlegt hat. Hinterlegt hat er im Namen des E. Seine Erklärung beruht nicht auf Irrtum, sondern er hat unzweifelhaft die Erklärung, so wie sie lautet, auch wirklich abgeben wollen. Daß er dabei nicht die Absicht hatte, den Rückgabeanspruch für E. zu erwerben, mag sein; aber dies bedeutet nicht einen Mangel im Willen, sondern einen Irrtum über die Rechtswirkungen seiner Erklärung, der bedeutungslos ist. Das Berufungsurteil bemerkt, der Bank sei es gleichgültig gewesen, ob der Verteidiger als Vertreter seines Klienten oder eines Dritten hinterlegte; daran mag soviel richtig sein, daß die Bank mit jedem sich Meldenden den Hinterlegungs- oder Darlehensvertrag (§ 700 BGB.) geschlossen hätte. Ausgeschlossen aber ist es, daß die Person des Gläubigers ungewiß oder verborgen bleiben konnte. Wenn der Darlehensschuldner sich verpflichtet, einer mit Namen genannten Person Kapital nebst Zinsen zurückzuzahlen, so ist es unmöglich, daß er trotzdem Schuldner eines anderen als desjenigen wird, der ihm das Darlehen gegeben, ihm als anderer Vertragsteil gegenüber getreten ist. Selbst wenn der Darlehensgeber erklärt, daß das hingegebene Geld von einem Dritten herrührt, so kann dies ein Schuldverhältnis zwischen dem Empfänger und dem Dritten nicht begründen. Der bloße innere, nicht in die äußere Erscheinung getretene Wille des als Darlehensgeber in eigenem Namen Auftretenden kann diesen Erfolg nicht herbeiführen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß der Verteidiger dem Untersuchungsrichter gegenüber erklärt hatte, die Kaution werde von einem Verwandten gestellt. Auch wenn man davon ausgeht, daß dem Gericht eine namens des Klägers vorgenommene Hinterlegung genügt hätte, so ist eben eine solche nicht erfolgt. Die Rechtslage ist folgende: Das Gericht verlangt Sicherheit durch Verpfändung einer Forderung gegen die Bank, wobei es ihm gleichgültig sein mag, wer Gläubiger dieser Forderung ist, wenn sie ihm nur gültig verpfändet wird. Die Forderung soll erst erworben werden, und zwar von einem nicht genannten Dritten. Nun erscheint bei der Bank nicht der Dritte, sondern der zur Sicherheitsleistung Verpflichtete selbst, schließt mit der Bank auf seinen Namen den Hinterlegungsvertrag und bringt dadurch, daß die Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung geschieht, zugleich das Pfandrecht des Gerichts zur Entstehung. Daß durch diesen Vorgang der Dritte nicht Darlehensgläubiger der Bank werden kann, leuchtet ohne weiteres ein. Daher steht fest, daß nicht der Kläger den Anspruch aus der Hinterlegung erworben hat. Daß er ihm vor der Pfändung abgetreten worden sei, ist nicht behauptet; er ist deshalb auch nicht berechtigt, gegen die Pfändung der Forderung für einen Gläubiger des E. Widerspruch zu erheben. Auch die Bezugnahme des Klägers auf seinen obligatorischen Anspruch gegen E. auf Abtretung der Hinterlegungsforderung kann ihm nicht zu einem Erfolg verhelfen. Allerdings können auch gewisse obligatorische Beziehungen zu dem gepfändeten Gegenstand die Widerspruchsklage begründen. Das gilt aber nicht für obligatorische Ansprüche auf Uebertragung des Eigentums von Sachen oder Rechten, die zum Vermögen des Schuldners gehören. Ob etwa die Beklagte durch Einziehung der gepfändeten Forderung sich auf Kosten des Klägers bereichern würde, ist hier nicht zu erörtern, da ungerechtfertigte Bereicherung als Klagegrund nicht geltend gemacht ist. (Urt. v. 18. September 1906; VII. 587/05.)[1]) N.

672

II.

Liegt eine unzulässige Klagänderung vor, wenn in einem Rechtsstreit über die Gewährung einer Aussteuer zunächst eine Aussteuer in bar und später eine Natural-Aussteuer verlangt wird? Der Kläger machte geltend, daß der Beklagte seiner Frau die ihr zustehende Aus-

[1]) Vgl. dagegen die Ausführungen von Neumiller im lfd. Jahrgang dieser Zeitschrift S. 267, der als Empfangsberechtigten im Sinne von § 47 HO. denjenigen ansieht, dem das hinterlegte Geld bei Freigabe zugefallen wäre, wenn es gesondert verwahrt geblieben wäre, d. h. bei Konkurrenz des Eigentümers und Hinterlegers ersterem. D. Eins.

[1]) Anm. des Herausgebers. Das Ergebnis, zu dem hier das Reichsgericht gelangt, ist wenig befriedigend. Wir wollen dahingestellt sein lassen, ob sich nicht eine andere Entscheidung sehr wohl hätte begründen lassen. Jedenfalls zeigt der Fall, daß bei Hinterlegungen der fraglichen Art größte Vorsicht geboten ist. Um hierauf aufmerksam zu machen, haben wir das Erkenntnis mitgeteilt.

steuer nicht gewährt habe und daß ihm der Anspruch hierauf abgetreten sei. Er beantragte, den Beklagten zur Zahlung von 4000 Mk. zu verurteilen. Die 1. Instanz wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz beantragte er zunächst Verurteilung des Beklagten nach dem Klagantrag und vorsorglich Verurteilung des Beklagten zur Gewährung einer Naturalaussteuer im Werte von 4000 Mk. Das Berufungsgericht sah in dem zweiten Antrag eine unzulässige Klagänderung. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Beizutreten ist dem Berufungsgerichte darin, daß unter der Aussteuer im Sinne des § 1620 BGB. zunächst und unmittelbar die zur Einrichtung gehörenden Haushaltungsgegenstände selbst verstanden sind (vgl. Mot. zum I. Entw. IV S. 717 ff.; Prot. d. II. Komm. IV S. 317). Daher durfte der Kläger nicht ohne weiteres eine Geldsumme als Aussteuer verlangen. Die Entsch. des Reichsgerichts in Bd. 58 S. 139 spricht Gegenteiliges nicht aus. Mit Unrecht sieht aber das Berufungsgericht in dem zweiten Antrag, in dem vorsorglich eine Naturalaussteuer verlangt wird, eine unzulässige Klagänderung. Hat auch der Anspruch aus § 1620 BGB. zunächst die Naturalaussteuer im Auge, so ist doch hiermit der Gegenstand des Anspruchs nicht ein für allemal bestimmt. Gegenseitiges Vertrauen und gute Sitte kommen vornehmlich auf diesem Gebiete in Betracht, und es wird daher die Frage, wie die Aussteuer im Einzelfalle zu gewähren ist, in besonderem Maße von dem Grundsatze des § 242 BGB. beherrscht. Danach gibt es Fälle, in denen die Tochter eine angemessene Geldsumme zur Beschaffung der Aussteuer beanspruchen darf (so bei Feindschaft mit den Eltern usw.). Anderseits werden auch nach der herrschenden Sitte die Eltern sich regelmäßig frei entschließen können, ob sie die Aussteuer in natura oder in Geld geben wollen. Ob die Befugnis, zwischen der Art der Aussteuer zu wählen, als Wahlschuld, fakultative Ermächtigung oder wie sonst aufzufassen ist, steht hier nicht in Frage. Maßgebend ist, daß es sich in allen diesen Fällen nur um verschiedene Erfüllungsmöglichkeiten handelt, die sich in Ausfluß eines und desselben Klag- und Rechtsgrundes je nach der Sachlage anders gestalten können. Daher liegt in dem Uebergange von dem Anspruch auf Gewährung der Naturalaussteuer zum Geldanspruch und umgekehrt nur eine auch in der Berufungsinstanz zulässige Erweiterung oder Beschränkung des Klagantrags im Sinne des § 268 Nr. 2 ZPO., nicht eine unzulässige Klagänderung oder Einführung eines neuen Anspruchs (§§ 527, 529 Abs. 2 ZPO.). Daß § 268 Nr. 2 nicht ausschließlich auf Aenderungen im Quantum des Geforderten zu beziehen ist, ist vom Reichsgericht wiederholt anerkannt (vgl. Entsch. in ZS. Bd. 52 S. 82 ff. u. a.). Ob dann, wenn auf Grund eines besonderen Tatbestandes, sei es der Geschäftsführung ohne Auftrag, sei es des aus der Nichterfüllung erwachsenen Schadens (vgl. §§ 677, 679, 286 Abs. 2 BGB.), ein Geldanspruch statt eines Naturalanspruchs erhoben wird, dennoch eine unzulässige Klagänderung gegeben ist, kann hier auf sich beruhen bleiben. (Urt. des IV. ZS. vom 21. Juni 1906.) — — — n.

684

III.

Zu § 833 BGB. Der Kläger gab sich damit ab, ein junges Pferd des Beklagten einzufahren. Er hatte es zusammen mit einem alten Pferde vor einen Brückenwagen gespannt, auf dem eine Kiste als Sitz diente. Auf ihr saßen der Kläger und andere Personen. Das Pferd scheute und schlug nach hinten so hoch aus, daß die Fahrenden fürchten mußten, getroffen zu werden. Sie sprangen ab. Durch den Sprung erlitt der Kläger eine Sehnenzerreißung am Fuß. Die Vorinstanzen nahmen an, daß der Beklagte als Tierhalter für den Schaden hafte, das Reichsgericht billigte diese Auffassung.

Aus den Gründen: Wenn das Pferd den Körper des Klägers bei dem Unfall auch nicht berührt hat, so ist doch festgestellt, das Abspringen des Klägers vom Wagen sei geboten gewesen, weil wegen des Ausschlagens des Pferdes die dringende Gefahr einer Verletzung durch Hufschläge bestanden habe. Ob das Pferd dem Kläger unmittelbar eine Verletzung beibrachte, oder ob der Kläger durch das Pferd vermöge seines wilden, tierischen Gebarens in eine Gefahr geriet, in der er, um nicht noch schlimmer davonzukommen, so wie geschehen handeln mußte, macht keinen Unterschied aus; die durch den Sprung hervorgerufene Verletzung rührt im Sinne des § 833 BGB. von dem Tiere her. (Urt. des IV. ZS. vom 18. Juni 1906.)

682 — — — n.

B. Straffachen.

I.

Sind in Bayern Schüler, die eine im Wege der Schuldisziplin festgesetzte Arreststrafe im Schulzimmer verbüßen, Gefangene nach § 120 StGB.? Der Volksschüler L. St. wurde von seinem Lehrer zur Verbüßung einer Schularreststrafe nach Beendigung der Schulzeit im Schulzimmer zurückgehalten. Sein Vater drang in der Absicht, ihn gegen den Willen des Lehrers mitzunehmen, in das Schulzimmer ein. Er ermöglichte ihm zu entfliehen, indem er mit dem Lehrer handgemein wurde. Das Landgericht verurteilte den Vater unter Berufung auf die MinE. v. 20. Mai 1815 und die Entsch. des OLG. München Bd. 6 S. 136 u. a. wegen Gefangenenbefreiung (§ 120 StGB.). Auf Revision des Angeklagten wurde das Urteil insoweit aufgehoben.

Aus den Gründen: Die Volksschullehrer in Bayern sind bei Ausübung des staatlichen Erziehungsrechts zweifellos Beamte im Sinne des § 113 StGB. Die Verhängung des Schulzimmerarrests ist durch die MinE. v. 20. Mai 1815 als Schulstrafe allgemein zugelassen. Die MinE. v. 30. Juni 1815 hat daran nichts geändert. Der Lehrer war übrigens schon in Ausübung seines Erziehungsrechts befugt, den Schüler auf kurze Zeit im Schulzimmer zurückzuhalten. Dadurch wurde aber der Schüler nicht ein Gefangener (§ 120 StGB.). Als solcher hat nur zu gelten, wem durch die staatliche Obrigkeit in gesetzlich gebilligter Form auf Grund des öffentlichen Interesses die Freiheit entzogen ist derart, daß er entweder wegen Einweisung in eine Gefangenenanstalt oder zufolge Bewachung sich in der Gewalt einer Behörde befindet. Der Schularrest ist nach der Art des Vollzugs und seines Zweckes keine Freiheitsentziehung dieser Art. Der dem öffentlichen Unterrichte dienende Raum ist keine Gefangenenanstalt. In der Entsch. v. 30. Juni 1815 ist weiter eine ununterbrochene Bewachung des Schülers überhaupt nicht vorgesehen, ebensowenig eine Einsperrung, wenn die Bewachung unterbrochen wird. Der Sträfling ist nur „nicht ganz und gar“ ohne Aufsicht zu lassen. Der Lehrer hat zu bestimmen, wieweit er den Schüler beaufsichtigen will. Er hat keine Verpflichtungen, deren Versäumung ihn nach § 347 StGB. strafbar machen würde. Der Schularrest unterscheidet sich auch nach dem Grunde seiner Anordnung und seiner ganzen Bedeutung von der in § 120 geforderten Freiheitsentziehung. Durch diese wird das eigentliche Haftrecht des Staates ausgeübt, das hauptsächlich bei der Handhabung der Polizei- und der Strafgewalt zur Anwendung kommt. Maßnahmen anderer Art, die den Schutz der Staatshoheit gegen unmittelbare Angriffe nicht bezwecken, fallen nicht darunter, auch wenn sie für die davon betroffenen Personen eine Freiheitsentziehung bedeuten. Dazu gehören z. B. die zahlreichen dienstlichen Beschränkungen der Militärpersonen, aber auch die ausschließlich im

Interesse des Unterrichts und der Erziehung getroffenen, nur auf dem Gebiete der Schulzucht sich bewegenden Maßnahmen des Lehrers, die den Schüler zum Verweilen im Schulzimmer über die allgemein festgesetzte Zeit hinaus zwingen. Bei der Ausübung der Schulzucht im einzelnen Falle kommt ein öffentliches Interesse nicht in Frage. In Uebereinstimmung mit der Auffassung des täglichen Lebens und dem Sprachgebrauche kann hiernach ein mit Schularrest bestrafter Schüler nicht als „Gefangener" bezeichnet werden. (Urt. des I. StS. vom 30. April / 14. Mai 1906 1 D 846/05).[1])

671 — y —

II.

Zu dem Begriffe des Vermögensschadens (§ 263 StGB., § 1163 BGB.) Zwischen dem Angeklagten und dem Studenten R. ist vereinbart worden, daß letzterer auf die in seinem Miteigentum befindlichen Grundstücke zu K., auf die er schon eine Hypothek von 10000 M. für den Angeklagten hatte eintragen lassen, eine zweite Hypothek von 5000 M. eintragen lassen solle, für die der Angeklagte einen Käufer habe und deren Erlös er „sofort" dem R. zukommen lassen werde. Es ist als erwiesen angesehen, daß der Angeklagte in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, nämlich die Hypothek von 5000 M., auf deren Einräumung er keinen Anspruch hatte, in seinen Besitz zu bringen und sich nutzbar zu machen, dem R. durch die Erklärung, er habe einen Käufer für die Hypothek, eine solche Tatsache vorgespiegelt und ihn in bewußter und gewollter Weise in einen Irrtum versetzt habe. Und es ist schließlich festgestellt, daß R. in der Erwartung, sofort die vom Käufer der Hypothek auszuzahlende Valuta zu erhalten, die Eintragung der Hypothek bewilligt, der Angeklagte aber die Valuta nicht gezahlt, vielmehr die beiden Hypotheken zu 5000 M. und 10000 M. an seinen Gläubiger M. abgetreten hat, dem er 16000—20000 M. schuldete. Auf die Klage des M. ist R. als persönlicher Schuldner zur Zahlung von 5000 Mk. an M. verurteilt worden, hat aber nicht zahlen können; M. ist bei der von anderer Seite betriebenen Zwangsversteigerung ausgefallen. Wenn der Erstrichter die Vermögensschädigung des R. darin gefunden hat, daß sein Grundeigentum durch die Bewilligung der Hypothek von 5000 M. belastet und entwertet worden sei, außerdem aber hervorgehoben hat, daß R. noch jetzt nach dem Ausfalle der Hypothek für deren Zahlung als persönlicher Schuldner hafte, so ist zunächst die letzte Erwägung irrtümlich. Die Vermögensschädigung muß in einem ursächlichen Zusammenhange mit der Irrtumserregung, mit dem betrüglichen Verhalten des Täters stehen. Nach den Feststellungen ist der Betrug bei dem Abschlusse des Vertrages begangen worden, durch den R. veranlaßt wurde, die Eintragung der Hypothek zu 5000 M. zu bewilligen. Daraus folgt ohne weiteres, daß die Abtretung der Hypothek an den gutgläubigen M., durch welche erst die persönliche Haftung des im Prozeßwege verurteilten Schuldners R. veranlaßt wurde, nicht in ursächlichem Zusammenhange mit dem Schaden stehen kann, denn sie liegt zeitlich später als der Vertragsschluß und ist ein selbständiges Ereignis, bei dem eine Täuschung des R. nicht in Frage steht. Aber auch die Annahme ist zu beanstanden, daß dem R. durch die betrüglich veranlaßte Bewilligung der Hypothek zu 5000 M. ein Schaden in der Höhe von 5000 M. erwachsen sei. Die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, ist nicht zur Entstehung gelangt, weil der Angeklagte die Valuta an R. nicht gezahlt hat. Nach § 1163 BGB. stand hiernach die Hypothek dem Eigentümer zu und daraus ergibt sich, daß die Hypothekbestellung für sich allein noch keine Aufopferung aus dem Vermögen des R. und insofern jedenfalls keine unmittelbare Verminderung seines Vermögens enthält.

Der Erstrichter wird demgemäß den Vermögensschaden anders als bisher zu begründen haben. Dabei wird folgendes in Betracht kommen. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts liegt eine Vermögensschädigung nicht nur dann vor, wenn ein Vermögensstück fortgegeben oder eine belastende Verpflichtung eingegangen wird, sondern auch dann, wenn eine gegenwärtige Gefahr künftigen Verlustes entsteht, sofern sie den derzeitigen Wert des Vermögens mindert. Hier kann eine solche Gefährdung mit der Hypothekbestellung eingetreten sein, wenn der Angeklagte durch die Eintragung in den Stand gesetzt wurde, für seine eigenen Zwecke und zum Schaden des Eigentümers über die Hypothek zu verfügen. Daß er von vornherein die Absicht hatte, die Hypothek einem gutgläubigen Dritten abzutreten und seine Vertragspflichten nicht zu erfüllen, ist schon den bisherigen Feststellungen zu entnehmen und damit würde die Annahme sich rechtfertigen lassen, daß die Vermögensgefährdung schon mit dem Vertragsschluß gegeben war. Hierbei würde ferner zu berücksichtigen sein, daß dem R. aus dem Vertrag ein Anspruch auf Zahlung der Valuta gegen den Angeklagten erwachsen war. Der Umstand, daß der Angeklagte diesen Anspruch nicht erfüllen wollte, steht als innerer Vorbehalt der Wirksamkeit seiner Willenserklärung nicht entgegen (§ 116 Satz 1 BGB.). R. hatte also nach dem Abkommen Anspruch auf die Zahlung des für die Hypothek in Aussicht gestellten Kaufpreises, und es wird zu untersuchen sein, welchen Wert dieser Anspruch im Vergleiche zu der durch die Gefährdung verursachten Vermögensminderung gehabt hat, um nach den in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 16 S. 1 entwickelten Grundsätzen feststellen zu können, ob wirklich ein Schaden im Sinne des § 263 StGB. hervorgerufen wurde. Daß nach den Vermögensverhältnissen des Angeklagten dieser Anspruch völlig wertlos gewesen ist, ist nicht ersichtlich. (Urt. des V. StS. vom 15. Juni 1906 5 D 179/06). ———e—

663

III.

Zu dem Tatbestande der Bestechung (§ 332 StGB.) . . . Ohne Grund bemängelte der Angeklagte Z. das Vorhandensein des Kausalzusammenhangs zwischen der die Verletzung seiner Amtspflicht enthaltenden Handlung und der Vorteilsannahme. Es ist festgestellt, daß D. den Angeklagten Z. durch die Gewährung der Schnapsspende bestimmen wollte, von einer Anzeige Abstand zu nehmen und daß Z. in Erkennung dieses Zweckes den Schnaps angenommen hat. Damit ist nachgewiesen, daß nach dem übereinstimmenden Willen beider Teile die Schnapsspende die Gegenleistung für dasjenige Tun oder Unterlassen war, welches die Verletzung der Amtspflicht enthielt. Des weiteren ist festgestellt, daß Z. sich der Pflichtwidrigkeit der Handlung bewußt war, für welche er die Spende annahm. Hiernach liegt der Tatbestand des § 332 StGB. auch in subjektiver Hinsicht vor, ohne daß es darauf ankommt, ob der Angeklagte die Begehung der pflichtwidrigen Handlung auch beabsichtigt und ausgeführt hat (Urt. des V. StS. vom 22. Juni 1906. 5 D 226/06).

662 ———e—

[1]) Anm. des Einf. Mit dieser Entscheidung ist das RG. der neuerdings auch von dem Obersten Landesgerichte — Sammlung von Entsch. in StS. Bd. 2 S. 98 — gebilligten, aber u. E. gänzlich unhaltbaren bayerischen Praxis entgegengetreten.

IV.

Ausschluß der Oeffentlichkeit (§§ 170 ff. GVG.) Versuchtes Verbrechen nach § 176 Nr. 3 StGB. 1. Das Gericht hatte in der Hauptverhandlung den Ausschluß der Oeffentlichkeit beschlossen. Ob aus dem in dieser Beziehung allein maßgebenden Sitzungsprotokolle (§ 274 StPO.) zweifelsfrei hervorgeht, daß dieser Beschluß ausgeführt wurde, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn dies nicht der Fall war, würde der Angeklagte daraus, daß öffentlich verhandelt wurde, keinen Grund zur Beschwerde herleiten können, da nach § 170 GVG. die Oeffentlichkeit der Verhandlung im Strafprozesse die Regel und nach § 173 a. a. O. deren Ausschluß nur zulässig, nicht geboten ist. 2. Der Erstrichter nimmt an, der Angeklagte habe die noch nicht 14 Jahre alte Ella P. zur Duldung und Verübung unzüchtiger Handlungen verleiten wollen, und stellt fest, er habe ihr unter der Aufforderung, mit ihm zu diesem Zwecke in den Hausflur eines Hauses einzutreten, Geld angeboten. In diesem Verhalten erblickt der Erstrichter den Versuch einer Einwirkung auf das Mädchen in der Richtung, daß bei ihm die Sinnlichkeit geweckt und es für die in Aussicht genommenen Handlungen geneigt gemacht werde. Es handelt sich demnach, wie der Erstrichter zutreffend betont, nicht um bloße Vorbereitungshandlungen, sondern um Handlungen, die einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthalten (vgl. Goltdammer Arch. Bd. 46 S. 317; Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 251). (Urt. des V. StS. vom 10. Juli 1906. 5 D. 329/06.) — — — e —

660

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Voraussetzung für die Befugnis zur Einsicht in gerichtliche Nachlaßakten nach altem und neuem Rechte. Am 3. Juni 1891 starb in R. N. T. St. mit Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung, in der er seine Ehefrau Gertraud St. und seine Kinder Otto und Gertraud zu Erben eingesetzt hatte und in der sich folgender Satz findet: „Meinen Bruder Eduard St. will ich von der Erbschaft vollständig ausgeschlossen wissen, weil er sich mir und meinem Geschäfte stets feindselig gegenüber gestellt hat.“ Die Verlassenschaftsverhandlungen wurden ohne Anstand abgeschlossen. Nachdem 1892 die Witwe gestorben war, starb am 24. November 1903 in M. auch der Sohn Otto mit Hinterlassung eines Testaments, in dem er seine Schwester Gertraud als Erbin einsetzte. Die Nachlaßverhandlungen gelangten ohne Anstand zum Abschluß. Am 26. Mai 1906 richtete Eduard St. an das Amtsgericht R. das Gesuch, ihm Einsicht in die Akten, betr. die Verlassenschaft des N. T. St. und des Otto St. zu gewähren, weil der erstere ein Testament hinterlassen habe, in dem eine Nacherbschaft angeordnet sei, und weil er das Testament des letzteren im Prozeßwege anfechten und Ansprüche gegen den Nachlaß erheben wolle und darum ein berechtigtes Interesse habe, Einsicht in die Nachlaßakten zu nehmen. Das Amtsgericht wies das Gesuch ab, weil der Gesuchsteller nicht als gesetzlicher Erbe einer der verstorbenen Personen in Betracht komme. Die Beschwerde des Eduard St. wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde hatte nicht Erfolg.

Gründe: Zu der Zeit, als das Testament des N. T. St. in Wirksamkeit getreten ist und die Akten über die Verlassenschafts-Verhandlungen entstanden sind, war für die Verpflichtung zur Vorlegung letztwilliger Verfügungen die Bestimmung im bayer. LR. T. III K. 1 § 11 und, soweit es sich um die bei öffentlichen Behörden befindlichen Urkunden handelte, Art. 3 des AG. z. ZPO. und KO. vom 23. Februar 1879 maßgebend. Nach der ersten Gesetzesstelle bestand für jeden interessierten Teil die Berechtigung auf Vorzeigung und Erteilung von Abschriften letztwilliger Verfügungen, „es wären denn sonders bedenkliche Sachen hierin enthalten, welche den Antragsteller nichts angingen oder geheim gehalten werden müßten“ (Anm. lit. g a. a. O.) Der Art. 3 AG. z. ZPO. aber bestimmte, daß von Urkunden, die sich bei einer öffentlichen Behörde befinden, diese Vorlegung und Einsicht zu gewähren habe, wenn die Zustimmung desjenigen, auf dessen Antrag oder in dessen Interesse die Urkunde bei der Behörde errichtet oder hinterlegt wurde, beigebracht oder seine Verpflichtung hierzu rechtskräftig ausgesprochen sei. Das geltende Recht gestattet in § 2264 BGB. jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen, und bestimmt in § 34 FGG., daß die Einsicht der Gerichtsakten jedem insoweit gestattet werden kann, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht.

Demnach gehen das frühere wie das jetzige Recht davon aus, daß ohne oder gegen den Willen der zunächst Beteiligten die Einsicht von Testamenten oder gerichtlichen Akten nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses gewährt werden kann. Auf seiten desjenigen, der, wie der Beschwerdeführer, geltend macht, „er sei vom Erblasser als Nacherbe eingesetzt worden“ — im vorliegenden Falle, der ein im Jahre 1891 in Wirksamkeit getretenes Testament zum Gegenstand hat, steht ein Erbschaftsvermächtnis im Sinne von BLR. T. III K. 9 in Frage — ist ein solches Interesse ohne Zweifel vorhanden; die angefochtene Entscheidung verneint dies mit Unrecht. Aber dieses Interesse würde nur dazu führen können, dem Gesuchsteller behufs Forschung nach der vermuteten letztwilligen Verfügung zu seinen Gunsten das Testament des N. T. St. zugänglich zu machen; hinsichtlich des übrigen Inhaltes der Verlassenschaftsakten ist, zumal aus ihm insbesondere der Bestand und die Größe des Nachlaßvermögens und sonstige vor Außenstehenden geheimzuhaltende Verhältnisse entnommen werden können, auf Seiten der Tochter G. St. und der übrigen Beteiligten ein überwiegendes gegenteiliges Interesse gegeben. Nun hat aber die angefochtene Entscheidung den Beschwerdeführer genügend darüber aufgeklärt, daß das von ihm behauptete Erbschaftsvermächtnis nicht besteht; bei der Einfachheit dieser Frage dürfte eine Einsicht des Testamentes zu weiterer Aufklärung nicht mehr erforderlich sein. Liegt aber das behauptete Erbschaftsvermächtnis seitens des N. T. St. nicht vor, so hatte dessen Sohn Otto St. ein solches bei Errichtung seines Testamentes nicht zu berücksichtigen Ein gesetzliches Erbrecht gegenüber seinem Neffen stand dem Beschwerdeführer ebenfalls nicht zu, weil jener von seiner Schwester G. überlebt wurde. Selbst eine erfolgreiche Anfechtung des Testamentes des Otto St. würde nicht dem Beschwerdeführer, sondern nur der G. St. zugute kommen. Es besteht deshalb in Ansehung des Testamentes des Otto St. auf Seite des Beschwerdeführers auch nicht einmal ein Interesse, das es rechtfertigen würde, ihm Einsicht zu gewähren . . . (Beschl. vom 23. Juli 1906 (FerZS.) Reg. III Nr. 42/06). K.

681

II.

Kann nach Anlegung eines Grundbuchblatts für forstärarialische Grundstücke die Eintragung eines Widerspruchs gegen das Staatseigentum im Wege der Beschwerde gegen den die beantragte Eintragung zurückweisenden, im Anlegungsverfahren ergangenen Beschluß erwirkt werden? Das Forstamt Tr. beantragte, für die den Forstbezirk E. bildenden Staatswaldgrundstücke ein Grundbuchblatt anzulegen. Das Amtsgericht

Tr. eröffnete hierauf eine Frist zur Anmeldung von Rechten. Innerhalb der Frist stellte der Stadtmagistrat Tr. den Antrag, zugunsten der Stadtgemeinde Tr. einen Widerspruch gegen das Eigentum des Staats an den Grundstücken einzutragen, da der bayerische Staat in den letzten Jahrhunderten widerrechtlich und gewaltsam das Eigentum an den früher der Marktgenossenschaft bzw. der Stadtgemeinde gehörenden Waldungen an sich gerissen habe. Das Amtsgericht ordnete am 16. Oktober 1905 die Eintragung des Forstärars als Eigentümers der Grundstücke an und wies den Antrag des Stadtmagistrats Tr. mangels hinreichender Glaubhaftmachung der Eigentumsansprüche ab; sodann erfolgte am 31. Oktober 1905 die Anlegung des Grundbuchblatts in dem seit 1. Mai 1905 als angelegt geltenden Grundbuch der Steuergemeinde S. und die Eintragung des Forstärars als Eigentümer. Die Beschwerde des Stadtmagistrats (eingelegt am 1 Februar 1906) wurde zurückgewiesen mangels Glaubhaftmachung des Eigentums, sowie wegen Verjährung nach c. IV § 3 der bayer. Gerichtsordnung von 1753. Auch die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Mit der nach dem Ablauf der Anmeldungsfrist erfolgten Anlegung des Grundbuchblatts ist das Anlegungsverfahren geschlossen. Eintragungen auf dem bestehenden Grundbuchblatt sind Eintragungen in das Grundbuch und können daher nicht nach den für die Blattanlegung maßgebenden Vorschriften der §§ 510 ff. DAnw. f. GBA. und den dort angeführten Vorschriften über das Anlegungsverfahren, sondern nur nach den Vorschriften des Grundbuchrechts erfolgen; dies gilt auch für den Fall, daß bei der Anlegung des Blatts eine beantragte Eintragung zu Unrecht abgelehnt wurde. Mit der nicht an eine Frist gebundenen Beschwerde gegen die Ablehnung kann nicht die Anlegung des Grundbuchblatts mit den darin enthaltenen Eintragungen rückgängig gemacht und die Wiederaufnahme des Anlegungsverfahrens herbeigeführt werden. Die Eintragung eines Widerspruches erfolgt nach § 899 Abs. 2 BGB.; es ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts, zu prüfen, ob die behauptete Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft gemacht ist, sondern die Anordnung der Eintragung des Widerspruchs muß im Rechtswege durch Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwirkt werden. Das Beschwerdegericht durfte daher dem Antrage des Beschwerdeführers, die Eintragung eines Widerspruchs anzuordnen und eine Frist zur Geltendmachung der Ansprüche im Rechtswege zu bestimmen, nicht stattgeben. (Beschluß des 1. ZS. vom 17. September 1906. Reg. III Nr. 46/1906).

668 ———t.

III.

Haftung der Gesellschafter aus den von einem der Gesellschafter oder ihrem Bevollmächtigten geschlossenen Verträgen. Voraussetzung für ihre Haftung als Gesamtschuldner nach gemeinem und österreichischem Rechte. Ludwig J. und sein Bruder Jakob J. betrieben in A. (Bayern) unter der Firma Gebr. J. ein Geschäft für Wasserversorgung, Brunnenbau usw.; im Handelsregister war die Firma nicht eingetragen. Am 10. März 1899 schloß Ludwig J. mit dem Grafen B. einen Vertrag, durch den er die Herstellung einer Wassergewinnungsanlage für eine Brauerei in Böhmen übernahm. Im Mai 1900 erhob der Baumeister Th. in P. Klage gegen Ludwig J., Jakob J. und deren Bruder Adolf J. In der Klage ist behauptet, daß die Beklagten unter der Bezeichnung „Gebrüder J." die zur Herstellung der Anlage erforderlichen Maurerarbeiten nebst der Lieferung der Materialien dem Kläger übertrugen. Der Klagantrag ist auf Verurteilung der drei Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 2814 Gulden 33 Kr. österr. W. = 4784,36 Mk. nebst Zinsen gerichtet. Ludwig J. geriet später in Konkurs; gegen ihn wurde auf Grund Anerkenntnisses des Konkursverwalters Urteil nach Klage erlassen. Wie feststeht, wird eine Befriedigung des Klägers aus der Konkursmasse nicht stattfinden. Die gegen Adolf J. erhobene Klage wurde zurückgenommen. Die Klage gegen Jakob J. wies das Landgericht ab, ohne den Anspruch dem Betrage nach zu prüfen, weil es annahm, daß dieser, als der Kläger den Vertrag mit Ludwig J. schloß, das geschäftliche Verhältnis mit seinem Bruder schon gelöst hatte. Auf die Berufung erklärte das Oberlandesgericht den Anspruch für begründet und verwies die Sache zurück. Die Revision des Beklagten hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht ging davon aus, daß darüber, inwieweit der Beklagte für die Erfüllung der durch den Vertrag vom 24. Juli 1899 begründeten Verbindlichkeiten haftet, nach gemeinem Rechte zu entscheiden sei, weil sich die Wirkung der von der Gesellschaft ausgehenden Handlungen nach dem am Sitze der Gesellschaft geltenden Rechte bestimme; es sei also nicht das österreichische Recht anzuwenden, in dessen Geltungsgebiet der Vertrag geschlossen wurde und die Leistungen des Klägers erfolgten. Die Entscheidung, daß der Beklagte mit Ludwig J. als Gesamtschuldner haftet, ist folgendermaßen begründet: Da Ludwig und Jakob J. sich dem Kläger gegenüber so hingestellt haben, daß dieser annehmen mußte, sie seien Gesellschafter und hafteten ihm als solche, müßten beide dieses Verhalten als eine öffentliche und allgemein abgegebene Willenserklärung gegen sich gelten lassen; Wirkung dieses Verhaltens sei ihre Haftung als Gesamtschuldner aus den von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten. Ob darüber, in welchem Umfange der Beklagte aus dem von Ludwig J. geschlossenen Vertrage haftet, nach gemeinem Rechte oder nach dem österr. allg. BGB. zu entscheiden ist, kann dahingestellt bleiben,[1]) weil die Entscheidung weder für die Anwendung des einen Rechtes noch für die des anderen genügend begründet ist. Haben die sämtlichen Gesellschafter selbst gemeinschaftlich einen Vertrag geschlossen, so haften sie für die Erfüllung der dadurch begründeten Verbindlichkeiten nach dem gemeinen Rechte nicht als Gesamtschuldner sondern nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft. Wie es sich dagegen nach dem gemeinen Rechte hinsichtlich der Haftung der einzelnen Gesellschafter verhält, wenn ein Bevollmächtigter oder ein zur Vertretung befugter Gesellschafter den Vertrag geschlossen hat, ist eine alte Streitfrage. Der Meinung, daß sie in diesem Falle als Gesamtschuldner haften (Glück, Pandekten Bd. 15 S. 465; Sintenis, Zivilrecht 3. Aufl. Bd. 2 S. 719; Vangerow, Pandekten 7. Aufl. Bd. 3 S. 479; Seuff. Arch. Bd. 14 Nr. 93, Bd. 18 Nr. 100), ist Windscheid in der 4. Auflage seines Lehrbuchs (§ 407 Anm. 7) entgegengetreten und Dernburg (Pand. 7. Aufl. Bd. 2 S. 349 Anm. 6) stimmt mit ihm überein; die Rechtsprechung hat sich ebenfalls von ihr abgewendet (Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 111, Bd. 20 Nr. 127, Bd. 37 Nr 207). Der jetzt herrschenden Meinung schließt sich das Oberste Landesgericht an. Sie geht davon aus, daß die nach dem römischen Rechte unzulässige sog. unmittelbare Stellvertretung bei Rechtsgeschäften nach dem gemeinen Rechte zulässig ist. Sie folgert daraus, daß es für die Haftung der Gesellschafter gleichgültig ist, ob sie den Vertrag persönlich oder durch einen

[1]) Da nicht nur die Schließung des Vertrags im Geltungsgebiete des Oesterreichischen Rechtes stattgefunden hatte, sondern auch seine Erfüllung dort erfolgen mußte, hätte das Berufungsgericht wohl annehmen können, daß sich die Parteien für ihr Rechtsverhältnis dem Oesterreichischen Gesetze haben unterwerfen wollen, d. h. bei der Vertragsschließung die Anwendung dieses Gesetzes als selbstverständlich vorausgesetzt hatten. Anm. d. Eins.

Bevollmächtigten geschlossen haben; auch in dem zweiten Falle, auch wenn der Bevollmächtigte selbst Gesellschafter ist, haften demnach die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung. Ihre Haftung als Gesamtschuldner tritt nur ein, wenn sie den Willen, so zu haften, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (Windscheid a. a. O. 8. Aufl. § 297). Im Falle der Anwendung des Oesterr. Rechtes ist § 1203 des Oesterr. Allg. BGB. maßgebend: „Ebenso hat aber bei gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Anteil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Fall, welcher bei Handelsleuten vermutet wird, daß alle für einen und einer für alle etwas zugesagt oder angenommen haben." Auch hiernach hängt also die Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner davon ab, daß sie den Willen, so zu haften, erklärt haben.

Daß der Beklagte diese Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben hat, ist nicht genügend festgestellt. Das Berufungsgericht hat nur festgestellt, der Kläger habe darnach, wie sich Ludwig und Jakob J. ihm gegenüber benahmen, annehmen müssen, daß sie ihm „als Gesellschafter" haften, und hat hieraus unmittelbar gefolgert, daß der Beklagte als Gesamtschuldner hafte. Daraus geht nicht hervor, ob das Berufungsgericht angenommen hat, daß nach dem gemeinem Rechte die Gesellschafter ohne weiteres als Gesamtschuldner haften, oder ob es ausdrücken wollte, daß in dem Verhalten der beiden Brüder die Erklärung, als Gesamtschuldner haften zu wollen, zu finden ist. Im ersten Falle beruht die Entscheidung auf unrichtiger Anwendung des Gesetzes, im zweiten Falle ist sie ungenügend begründet. (Urteil vom 25. Juni 1906 (1. ZivS.) Reg. I Nr. 94/06). K.

665

B. Strafsachen.

Inwieweit kann sich der Einsender einer Berichtigung nach § 11 des Preßgesetzes vertreten lassen? In einer politischen Zeitung waren Artikel abgedruckt, welche zu dem Berichtigungsverfahren nach § 11 des Ges. vom 7. Mai 1874 über die Presse Anlaß gaben. Der durch die Artikel Betroffene bediente sich hierbei der Hilfe eines Rechtsanwalts. Dieser verfaßte eine schriftliche Berichtigung, unterzeichnete sie mit seinem Namen, übersandte sie dem verantwortlichen Redakteur und legte der Erklärung eine Abschrift der Vollmacht bei. Der Redakteur nahm die Berichtigung erst nach Ablauf der Frist des § 11 Abs. 2 a. a. O. auf. Er wurde vom Amtsgericht wegen Uebertretung des § 19 a. a. O. verurteilt; seine Berufung wurde verworfen. Der Redakteur hatte aus zwei Gründen Straflosigkeit behauptet: die Berichtigung habe eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 11 des Gesetzes vermissen lassen und die Erklärung sei nicht von dem Betroffenen, sondern einem Rechtsanwalt unterzeichnet gewesen. In beiden Instanzen wurden diese Einwände für unbehelflich erklärt. Die ausdrückliche Bezugnahme auf § 11 sei nicht vorgeschrieben; die Anwendung der allgemeinen Befugnis, sich in Rechtsangelegenheiten von einem Anwalte vertreten zu lassen, widerspreche weder der Absicht noch dem Wortlaut des Gesetzes. Auf Revision sprach das Oberste Landesgericht den Angeklagten frei.

Aus den Gründen: Das Erfordernis der Bezugnahme auf § 11 kennt das Gesetz nicht. Daher haben die Untergerichte diesen Einwand des Angeklagten zutreffend für unbehelflich erklärt. Hinsichtlich des Erfordernisses, daß die Berichtigung von dem Einsender unterzeichnet sein muß, ist zu beachten: Im Verkehrs- und Rechtsleben kann sich jedermann durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, wenn die Vertretung nicht durch eine besondere Bestimmung ausgeschlossen ist. Bei § 11 des Preßgesetzes ist zu unterscheiden zwischen der Abfassung der Berichtigung und dem Berichtigungsverfahren; soweit es sich um dieses handelt, ist die Vertretung sicherlich gestattet; denn ob der Berechtigte die Berichtigung selbst einreicht oder durch einen Dritten einreichen läßt, ob er sie mit einem von ihm oder einem Dritten abgefaßten Begleitschreiben übergibt oder ohne solches, ist gleichgültig. Hinsichtlich der Berichtigung selbst enthält § 11 die bestimmte Vorschrift, daß sie von dem „Einsender" unterzeichnet sein muß. Daraus folgt von selbst, daß die Berichtigung schriftlich abgefaßt sein muß. Da § 11 nur von „einer öffentlichen Behörde oder Privatperson" spricht, kann unter dem „Einsender" auch nur die einsendende Behörde oder Privatperson verstanden werden. Das Gesetz verlangt somit nach seinem Wortlaut und Wortsinn eine schriftliche, von der beteiligten Behörde oder Privatperson ausgehende und von ihr unterschriebene Berichtigung. (Vgl. v. Liszt, Das Reichspreßrecht S. 96 V 1 zu § 11; Delius, Das Reichspreßgesetz S. 42 Anm. 8 zu § 11; Stenglein, Strafr. Nebengesetze S. 609.) Wäre unter dem „Einsender" derjenige zu verstehen, der die Berichtigung tatsächlich dem Redakteur übermittelt, so würde der Vorschrift des Gesetzes genügt sein. Allein nach den obigen Ausführungen versteht das Gesetz unter dem „Einsender" den Berechtigten oder Beteiligten. (Urt. vom 20. Oktober 1906, Rev.-Reg. Nr. 349/06.)

685 Mitgeteilt von Staatsanwalt Dr. Gütermann in München.

Oberlandesgericht München.

§ 313 Satz 2 BGB. während der Uebergangszeit. Laut Urkunde des Notariats D. vom 20. März 1902 verkauften die Eheleute A. ihr Anwesen in B. um 42000 Mk. an M. In Ausweisung des Kaufschillings wurden Hypothekenforderungen zu 29916 Mk. 21 Pfg. vom Käufer übernommen; über den Rest zu 12083 Mk. 79 Pfg. wurde wegen Zahlung quittiert. Die erfolgte Ueberweisung des Anwesens zu Besitz und Genuß wurde bestätigt. Tatsächlich erfolgte die Räumung und Besitzübergabe am 27. März 1902. Der Besitztitel wurde am 21. März 1903 im Hypothekenbuche auf den Käufer berichtigt. Mit Klage vom 8. März 1904 verlangten die Verkäufer von dem Käufer Zahlung von 2268 Mk. 79 Pfg., indem sie vorbrachten: Weder die beurkundete Kaufpreisvereinbarung entspreche der Wirklichkeit, noch auch die beurkundete Quittung; der Kaufpreis habe 35585 Mk. betragen, 1900 Mk. seien bezahlt und 1500 Mk. gelegentlich eines anderen Geschäftes gutgemacht. Der Beklagte habe ihre geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt, sie veranlaßt, beim Notar ihm freie Hand zu lassen und dann die unrichtige Beurkundung herbeigeführt. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Er bestritt, daß er die unrichtige Beurkundung einseitig veranlaßt habe und daß die Vereinbarung so lautete, wie die Klage behaupte; vielmehr sei verabredet worden, daß er die Hypotheken zu 29916 Mk. 21 Pfg. übernehme und 2000 Mk. zahle; dies sei geschehen; außer der Barzahlung zu 1900 Mk. habe er eine Forderung zu 100 Mk. gegen die Verkäufer aufgerechnet. Die angebliche Gutmachung von 1500 Mk. bei einem anderen Rechtsgeschäfte gehöre nicht hierher. Die Klage wurde abgewiesen. Die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Ein Kaufvertrag über ein Grundstück bedarf der notariellen Beurkundung (§ 313 Satz 1, § 433 Abs. I Satz 1 BGB., Art. 141 EG. z. BGB.; § 167 Abs. I, § 189 FGG.; Art. 15 AG. z. GBO. in der Fassung des Art. 167 Ziff. I AG. z. BGB.). Wenn diese Form nicht gewahrt wird, ist der Vertrag nichtig (§ 125 Satz 1 BGB.); diese Nichtigkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen. (Urt. des RG. vom 20. September 1905, Entsch. Bd. 61 S. 264 a. E.). Dies gilt auch für die

Uebergangszeit bis zur Einführung des Grundbuchrechtes, da Art. 189 EG. z. BGB. sich nur auf die dinglichen Rechtsverhältnisse und nicht auf die dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörenden Grundgeschäfte, welche die persönlichen Verpflichtungen der Vertragsteile untereinander regeln, bezieht. (Urt. des RG. vom 28. Dez. 1904, BayZfR. Bd. 1 S. 106; Urt. des ObLG. vom 23. Okt. 1903, Samml. Bd. 4 S. 733; Beschl. dieses Gerichts vom 4. Mai 1905 a. a. O. Bd. 6 S. 280). Der Formzwang beschränkt sich nicht bloß auf den zur Eigentumsübertragung verpflichtenden Bestandteil des Vertrages, sondern erstreckt sich auf den Vertrag überhaupt (Urt. d. RG. vom 12. April 1902, Entsch. Bd. 51 S. 181), also insbesondere auch auf die nach dem Rechte der Schuldverhältnisse wesentlichen Vertragsbestimmungen. Dazu gehört bei dem Kaufvertrage die Bestimmung des Kaufpreises. (§ 433 Abs. II BGB.; Urt. des RG. vom 11. Juli 1906, JW. 548 14.) Es ist gleichgültig, aus welchem Grunde der einzelne Vertragsteil zur formwidrigen Vertragschließung sich herbeiließ, ob Unkenntnis des Gesetzes oder Beeinflußung durch den anderen Vertragsteil u. dgl. hierbei mitspielte. Uebrigens haben auch nach ihrer Sachdarstellung die Kläger zur unrichtigen Beurkundung des Kaufpreises mitgewirkt, sei es beeinflußt durch den Beklagten, sei es, indem sie, ohne sich um die Niederschrift zu kümmern, mit allem einverstanden waren, was der Beklagte angegeben hatte. Die Kläger erachten die Form deshalb als gewahrt, weil in dem höheren beurkundeten Kaufpreise auch der niedrigere gewollte Kaufpreis inbegriffen sei, diesem also die Beurkundung nicht mangle. Allein mit Unrecht. Die einheitliche Preisangabe läßt sich nicht in den gewollten Preis und in das vorgeschützte Mehr teilen; vielmehr ist sie etwas anderes als der gewollte Preis. Auf diesen Standpunkt hatte sich die bayer. Rechtspr. zu Art. 14 des früheren bayer. NotG. gestellt. (Urt. des ObGH. vom 20. Januar 1875, 4. März 1878 und 14. Januar 1879; ältere Samml. Bd. IV S. 555 u. Bd. VII S. 279 u. 890.) Das Urteil vom 5. Oktober 1874 Bd. V S. 177 spricht nicht dagegen; hier stand nur teilweise falsche Angabe des Schuldgrundes in Frage. Auch für das BGB. ist dieser Standpunkt festzuhalten. § 139 bezieht sich auf die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen des Rechtsgeschäftes, will aber nicht bei Teilbarkeit des Vertragsgegenstandes oder einer der Vertragsgegenstände die Nichtigkeit oder Gültigkeit abgrenzen und je nach Umständen die Nichtigkeit nur auf einen Bruchteil oder auf einen sonstigen ziffermäßig auszuscheidenden Teil beschränken. „Teil des Rechtsgeschäftes" ist etwas anderes als Teilbetrag einer vertragsmäßigen Mengen- oder Flächenangabe. Vielmehr ist der Fall des § 117 Abs. II BGB. gegeben; die falsche Preisangabe verdeckt die richtige Preisvereinbarung. Die Folge ist, daß die beurkundete Preisbestimmung nichtig ist, weil sie nicht gewollt, und ebenso die gewollte Preisbestimmung, weil sie nicht beurkundet ist. Nun erst kommt die Anwendung des § 139 BGB. in Frage. Die Preisbestimmung, ein Teil des Rechtsgeschäftes, ist nichtig. Diese Nichtigkeit zieht die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes nach sich, da keiner der beiden Streitsteile behauptete, daß er auch einen Vertrag nach § 316 BGB. geschlossen hätte, auch das Gericht dies nach der Uebung bei Grundstückskäufen für ausgeschlossen hält, sohin bei Wegfall einer wesentlichen Vertragsbestimmung der gesamte Vertrag entfällt. Allerdings kann die aus § 313 Satz 1 BGB. sich ergebende Ungültigkeit des Vertrages nach Satz 2 dieser Gesetzesbestimmung geheilt werden und hierauf berufen sich auch die Kläger. Mit Unrecht. Das Gesetz erklärt die Heilung der Ungültigkeit als Folge der nachträglichen Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. Es steht nun fest, daß die Auflassung im Sinne des BGB. überhaupt nicht erfolgt ist und es kommt deshalb in Frage, ob für die Uebergangszeit bis zur Einführung des Grundbuchrechtes eine sinngemäße Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. zuzulassen ist. Hierfür ist maßgebend einerseits der gesetzgeberische Grund für die heilende Wirkung der Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch und anderseits das Ergebnis der Prüfung, ob derselbe gesetzgeberische Grund auch auf die in Frage kommenden landesrechtlichen Einrichtungen zutrifft. Die andere Wortfassung und die weitergreifende Folge (Gültigkeit des Vertrages seinem ganzen Inhalte nach) verbieten es nämlich, diese Vorschrift denjenigen der §§ 518, 766 BGB. gleichzustellen, die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung allein und an sich als die Heilung bewirkend zu erachten und daher mit Hachenburg, Vorträge S. 93 ff. jede landesrechtliche Erfüllungsart als gleichwertig und gleichwirkend anzusehen. Die Frage wird vielmehr für die verschiedenen Landesrechte verschieden beantwortet werden können, weshalb für die hier in Betracht kommenden Erwägungen der Beschluß des OLG. Frankfurt a. M. vom 29. Mai 1900 (S. A. Bd. 56 Nr. 71) und das Urt. des RG. vom 11. Juli 1906 (JW. 548/14), welche beide gegen die Anwendbarkeit des § 313 S. 2 sich aussprechen, außer Berücksichtigung bleiben können. Wenn einige Schriftsteller für die sinngemäße Anwendung des § 313 Satz 2 da eintreten, wo nach dem für die Uebergangszeit aufrecht erhaltenen Landesrechte der Eigentumsübergang an eine Verlautbarung des Veräußerungsgeschäftes vor einer Behörde und an eine Ab- und Zuschreibung in einem öffentlichen Buche geknüpft ist, so trifft dies für das bayerische Recht nicht zu; denn der Eigentumsübergang ist nicht an die Besitztitelberichtigung im Hypothekenbuche geknüpft. Eine Würdigung dieser Ansicht ist deshalb nicht veranlaßt. Bezüglich des bayer. Rechtes gelangen zu einer Bejahung Jacubezky in den Bl. f. RA. Bd. 68 S. 449 ff. und Traßl in der BayNotZ. n. F. Bd. V S. 185. Dieser erblickt den maßgebenden Grund des § 313 Satz 2 darin, daß die Erfüllung des Vertrages den Formmangel beseitigt, und folgert hieraus, daß die Nichtigkeit des formwidrig geschlossenen Grundgeschäftes durch die notarielle Beurkundung des dinglichen Vertrages geheilt wird, indem er davon ausgeht, daß die Erfüllung des Grundgeschäftes in der Schließung des dinglichen Vertrages vor dem Notar besteht. Jacubezky erblickt den gesetzgeberischen Grund des § 313 Satz 2 darin, daß die Auflassung einen Schutz gegen Uebereilung gewährt, wie dies das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bezweckt, daß jedoch anderseits die Heilung des Formmangels erst eintreten soll, wenn der nichtige Vertrag durch Uebertragung des Eigentums vollzogen ist, und er stellt der Auflassung die notarielle Beurkundung des dinglichen Vertrages und der Eintragung im Grundbuche die zur Uebertragung des Eigentums erforderliche Besitzüberlassung gleich. Hiergegen hat sich Schneider (BayZfR. Bd. I S. 8) unter Berufung auf ein Urteil des RG. vom 8. Juni 1904 ausgesprochen und auch schon früher hat sich das RG. in einem Urteile vom 30. September 1903, allerdings ohne nähere Begründung, auf den gleichen Standpunkt gestellt. Das erkennende Gericht hat schon früher die Anwendbarkeit des § 313 Satz 2 auf das bayer. Uebergangsrecht verneint und hält hieran fest. Das BGB. will die Vertragsteile beim Vertrage festhalten, wenn sie nachträglich unter Mitwirkung eines Beurkundungsbeamten den dinglichen Vollzug durch einen einfachen, ausschließlich auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrag bewirken. Gerade der Umstand, daß die Auflassung naturgemäß der Beredung nachfolgt, liefert den Beweis, daß die Vertragsteile ernstlich bei dem

wegen Formwidrigkeit nichtigen Geschäfte beharren wollen und anderseits bietet die Einfachheit der Erklärungen bei der Auflassung und die Mitwirkung eines Beamten bei ihrer Entgegennahme eine besondere Gewähr dafür, daß die Erklärungen genau so gewollt werden, wie sie abgegeben und entgegengenommen werden. Dies fehlt, wenn die Schließung des den Rechtsgrund bildenden, wegen seines Mangels nichtigen Vertrages zeitlich und meistens sogar sprachlich mit der Schließung des dinglichen Vertrages zusammenfällt. Das Hauptgewicht müßte also auf die Besitzüberlassung gelegt werden, die jedoch zu wenig verlässig ist, nicht notwendig der unrichtigen und deshalb nichtigen Beurkundung nachfolgt, auch anderen Zwecken als denen der Eigentumsübertragung dienen kann und nicht unter Mitwirkung eines Beurkundungsbeamten, also weniger förmlich, vor sich geht. Allerdings werden auch nach Einführung des Grundbuchrechtes in Bayern der den Rechtsgrund bildende Vertrag und die Auflassung in der Regel zur gleichen Urkunde und vor dem gleichen Beamten erklärt werden (Art. 81 AG. z. BGB. und Art. 12 Abs. II Satz 2 AG. z. GBO. und ZwVG.). Zunächst ist hier jedoch hervorzuheben, daß die sprachliche Vermengung vermieden wird und die Auflassungserklärungen einfacher und deutlicher sind als die früher gebrauchten Ausdrücke; entscheidend aber ist, daß dann lediglich die einfache Anwendung eines klaren Gesetzes in Frage kommt und nicht mehr die sinngemäße Anwendung eines für andere Einrichtungen gegebenen Gesetzes. Aber auch Schneider glaubt, daß eine sinngemäße Anwendung des § 313 Satz 2 im Zeitpunkte der Einführung des Grundbuchrechtes zur Heilung der Ungültigkeit des Grundgeschäftes ohne weiteres führt, weil Art. 10 des Gesetzes die Vorbereitung der Anlegung des Grundbuches in den Landesteilen rechts des Rheines betr. vom 18. Juni 1898 in Verbindung mit der auf Grund des Art. 14 zur Ausführung dieses Gesetzes erlassenen Verordnung vom 23. Juli 1898 die Eigentumsübertragungstatsachen des alten Rechtes im Zusammenhalte mit der Unterlassung einer Anmeldung des hiermit und mit dem Inhalte des Hypothekenbuches nicht übereinstimmenden Rechtes im Anlegungsverfahren einer förmlichen Auflassung gleichstellen und die weitere Voraussetzung der Eintragung in das Grundbuch in dem Zeitpunkte sich verwirklicht, in dem das Grundbuch als angelegt gilt. Da nun durch Ministerialbekanntmachung vom 6. März 1905 (JMBl. 1905 S. 562) bestimmt wurde, daß vom 1. Mai 1905 ab das Grundbuch für den zum Bezirke des Oberlandesgerichtes München gehörenden Amtsgerichtsbezirk D. als angelegt anzusehen ist, wäre nach dieser Ansicht nunmehr die Formwidrigkeit des Vertrages, auf den die Kläger ihre Rechte stützen, geheilt. Dies bringen denn auch die Kläger nunmehr vor. Allein dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß durch die Auflassung und Eintragung nur der Formmangel solcher Beredungen geheilt wird, bezüglich deren zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht (Urt. d. RG. vom 7. Juni 1902 Bd. 52 S. 1), während hier bereits seit März 1904 ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem die Vertragsteile widersprechende Angaben hinsichtlich des mündlich vereinbarten Kaufpreises machen. Aber auch abgesehen hiervon kann die Unterlassung einer Rechtsanmeldung im Anlegungsverfahren nicht Rechtsfolgen zeitigen, welche über die Rechtsfolgen nach § 21 Abs. II der angeführten Verordnung hinausgehen und es kann diese Unterlassung auch im Zusammenhalte mit den Eigentumsübertragungstatsachen des früheren Rechtes schon deshalb nicht gleich einer Auflassung im Sinne des § 313 Satz 2 BGB. wirken, weil nur gesetzlich vermutet wird, jedoch nicht feststeht, daß die Aufforderung des Anlegungsbeamten jedem einzelnen bekannt wurde, weil eine Unterlassung auf den verschiedensten Gründen beruhen kann und durchaus nicht in allen Fällen zu dem Schlusse zwingt, daß der bestehende tatsächliche Zustand aufrecht erhalten werden will und zu einem unanfechtbaren Rechtszustande umgewandelt werden soll, und keinesfalls so deutlich und unzweideutig ist wie die Erklärung der Auflassung, weil die Aufforderung zur Anmeldung an den im Hypothekenbuche Eingetragenen sich nicht richtet, dieser jedoch ebenfalls an den Folgen der Heilung des Grundgeschäftes beteiligt ist und weil mindestens die durch die gleichzeitige Anwesenheit der beiden Teile (insbesondere vor einem öffentlichen Beamten) bedingte Gewähr fehlt. Das Gericht kann sich daher auch dieser Ansicht nicht anschließen. (Urt. v. 2. Okt. 1906, 8/05.)

— o —

654

Oberlandesgericht Bamberg.

Erbteilung zwischen Stiefgeschwistern nach fränkischem LR. Verhältnis der Art. 200, 213 EG. z. BGB. Ausgleichungspflicht. Im Jahre 1903 starb D. W., die Witwe des 1875 verstorbenen Bauern W. Sie hatte mit ihrem Mann in Gütergemeinschaft nach fränkischem Rechte gelebt. Sie hinterließ zwei eingekindschaftete und drei leibliche Kinder. Bei der Auseinandersetzung entstand Streit über die Ausgleichungspflicht bezüglich einer Ausstattung, welche eine eingekindschaftete Tochter erhalten hatte. Ein eingekindschafteter und ein leiblicher Abkömmling stellten Klage; strittig war, ob die Ausgleichungspflicht nach bisherigem oder neuem Rechte zu beurteilen sei. Das LG. nahm ersteres, das OLG. letzteres an.

Aus den Gründen: „Zwischen den Eheleuten W. bestand allg. Gütergemeinschaft nach fränkischem LR. Der Tod des Mannes bewirkte, daß die Witwe die ausschließliche Verfügung über das ganze Vermögen erhielt; die Kinder hatten kein Miteigentum, sondern nur ein eventuelles An- und Erbrecht. Es wird zwar im Anschluß an die in den Bearbeitungen des fränk. LR. von Weber (Darstellung der Prov. und Statut. R. Bayerns Bd. 3 Teil 1 S. 121 Ziff. 1) und Schelhaß (Darstellung des Würzb. LR. S. 64 Note 4) vorkommende Terminologie von einer „Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch den überlebenden Gatten mit den Kindern" gesprochen, allein das ist unrichtig; denn im LR. Tit. 90 § 1 wird dem überlebenden Teil das Alleinerbrecht zuerkannt, welches nur in einigen Beziehungen durch Rechte der Kinder beschränkt ist. Es besteht hier das System der Konsolidation des Vermögens in der Person des Ueberlebenden und es kann daher nur von einer aufgehobenen Gütergemeinschaft gesprochen werden (Roth, Ziv. R., 2. Aufl. S. 486 § 81 Note 16; Bayer. ObLG., a. F., Bd. 2 S. 498, Bd. 6 S. 729, Bd. 10 S. 560, 643, Bd. 13 S. 645; a. F. Bd. 4 S. 966; Becher, Mat. z. Entw. des Ges. über die Ueberl.-Vorschr. Abs. VII, S. 298).

Wenn zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. die Gütergemeinschaft aufgehoben ist, so bleiben nach Art. 73 des UebG. die bisherigen Vorschriften maßgebend. Diese Bestimmung bezieht sich auf das Verhältnis zwischen dem überlebenden Eheteile und den vorhandenen, nicht abgeteilten Kindern. Da die Witwe ohne eine vorgängige Grundteilung gestorben ist, bildet ihr Vermögen eine Nachlaßmasse, welche unter den Abkömmlingen als Miterben auseinanderzusetzen ist; hierbei schlägt Art. 73 nicht mehr ein; denn das Rechtsverhältnis zwischen W. und ihren Stiefkindern, die Einkindschaft, ist durch den Tod der W. erloschen. Es kommen jetzt nur noch die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes nach Art. 200 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB. in Betracht. Ist wie hier der Tod des Erblassers nach dem Inkrafttreten

des BGB. erfolgt, so ist letzteres gemäß Art. 213 a. a. O. für die erbrechtlichen Verhältnisse maßgebend. Der Begriff „erbrechtliche Verhältnisse" ist im weitesten Sinne aufzufassen, ohne Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Vorschriften. Es fallen darunter alle Verhältnisse, die mit Anfall und Erwerb einer Erbschaft zusammenhängen. (RGZ. Bd. 46 S. 73, Bd. 50 S. 186). Trotzdem kann auch beim Eintreten des Todesfalls nach dem 31. Dezember 1899 das alte Recht auf Grund der Art. 200, 207—209 EG. z. BGB. noch fortwirken. In diesen Fällen wird das Erbrecht eines oder mehrerer Miterben nach altem, die Erbfolge im ganzen aber nach neuem Rechte beurteilt (RG. in JWSchr. 1903 Beil. S. 2; Affolter, Syst. des bürgerl. Uebergangsrechts S 267—270). Ein solcher Fall liegt hier vor. Das Erbrecht der Stiefkinder gründet sich auf einen Einkindschaftsvertrag; in einem solchen werden die Grundsätze für die Erbteilung vertragsmäßig niedergelegt. Derartige Bestimmungen sind erbrechtliche Wirkungen des Güterstands und gemäß Art. 200 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB. nach bisherigem Rechte zu beurteilen. In einem Einkindschaftsvertrage nach fränk. Rechte wird regelmäßig nur bestimmt, daß die Vertragsteile ihre vorhandenen Kinder mit den künftigen vereinigen und zu ihren beiderseits rechten Kindern und Erben machen wollen. Stirbt der Ueberlebende, so erben die eingekindschafteten Kinder, wie wenn sie leibliche Abkömmlinge wären. Da hier ein abweichender Inhalt des Vertrags nicht behauptet ist, erstrecken sich die erbrechtlichen Wirkungen des durch den Vertrag begründeten Güterstandes nur darauf, daß die Stiefkinder mit den leiblichen Abkömmlingen gleiches Erbrecht haben. Das Erbrecht der letzteren stützt sich nicht auf den Vertrag, sondern auf die gesetzliche Erbfolge. Da das Erbrecht der Stiefkinder anerkannt ist, ist dem Art. 200 Genüge getan. Im übrigen greifen, da in keiner andern Richtung die bisherigen Gesetze aufrecht erhalten sind, gemäß Art. 213 alle Vorschriften des BGB. über die Erbfolge für die Auseinandersetzung Platz. Hierzu gehören auch jene über die Ausgleichungspflicht. (Urt. des I. ZS. vom 19. Mai 1906).

624 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Literatur.

Krückmann, Dr. Paul, Universitätsprofessor in Münster. Wesentlicher Bestandteil und Eigentumvorbehalt, zugleich auch ein Beitrag zur Bauhandwerkerfrage. Ein Rechtsgutachten. Erw. Sonderabdruck aus dem Zentralbl. f. freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung. Leipzig, Dieterichsche Verlagsbuchhandlung, Theodor Weicher 1906. Geh. Mk. 3.60.

Der Verfasser würdigt eingehend die Ergebnisse der Rechtsprechung hinsichtlich der Frage, ob die einem Gebäude eingefügten Maschinen wesentliche Bestandteile des Grundstücks werden oder ob ein Vorbehalt des Eigentums an ihnen möglich ist (vgl. hierzu die auf S. 143, 341, 346, 408 dieses Jahrgangs der Zeitschrift mitgeteilten Erkenntnisse). Er wirft der Rechtsprechung — wohl mit Recht — eine gewisse Verworrenheit vor, schildert eingehend die wirtschaftlichen Gefahren, die mit der Nichtberücksichtigung des Eigentumsvorbehalts verbunden sind, und zeigt den Weg zu richtiger Lösung der Frage. Seine Ausführungen sind ebenso scharfsinnig als anschaulich und mit frischer, geistreicher Polemik durchsetzt. Sie suchen hauptsächlich darzutun, daß bei der Entscheidung der Frage, ob eine Sache durch die Einfügung in eine andere ihre Selbständigkeit verliert, auch dem Willen der Beteiligten Rechnung getragen werden muß, daß es auf die Art der Verbindung nicht allein ankommt, und daß das Interesse der Hypothekgläubiger hierbei keineswegs in so hohem Maße Schutz verdient, als man gemeinhin annimmt. Die Rechtsprechung wird sich über die Bedenken, die Krückmann entwickelt, nicht einfach hinwegsetzen dürfen. Sie wird sich die Freiheit nehmen müssen, auch die Erkenntnisse des Reichsgerichts nochmals nachzuprüfen, zumal dieser Gerichtshof wohl noch nicht sein letztes Wort gesprochen hat. von der Pfordten.

Gareis, Dr. Karl, Geh. Justizrat, Universitätsprofessor in München. Deutsche Reichsgesetze in Einzel-Abdrucken Nr. 319/323. Die Reichssteuergesetze vom 3. Juni 1906. I. Das sog. Mantelgesetz: Reichsgesetz betr. die Ordnung des Reichshaushalts und die Tilgung der Reichsschulden. II. Das Reichsstempelgesetz. III. Das Zigarettensteuergesetz. IV. Das Erbschaftssteuergesetz. V. Das neue Brausteuergesetz. Textausgabe mit Vorwort, Einleitung, erläuternden Anmerkungen und ausführlichem alphabetischen Sachregister. Preis brosch. Mk. 1.—, geb. Mk. 1.30 (jedes Gesetz einzeln à 20 Pfg.).

Die Ausgabe zeichnet sich durch handliche Form und guten Druck aus. Das Sachregister ist mit Sorgfalt bearbeitet. P.

Nathan, Bernhard, Bureauvorsteher in Berlin. Gebühren-Ordnung der Rechtsanwälte für die Vertretung in Zivil- und Strafsachen sowie in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit kurzen Textanführungen und Tabellen nebst Gerichtskosten-Tabellen für streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit. Berlin 1905. Verlag von Reinhold Kühn. Gebd. Mk. 1.20.

Das Werkchen ist zwar nur eine Kompilation, aber es ist praktisch und übersichtlich angelegt und deshalb für den Anwaltsbuchhalter als Hilfsmittel für den Alltagsgebrauch wohl geeignet. P.

Windscheid, Dr. Bernhard, weil. Professor an der Universität Leipzig. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts bearbeitet von **Dr. Theodor Kipp,** Geh. Justizrat, Professor an der Universität Berlin. (Der Neubearbeitung zweite verbesserte und vermehrte Auflage.) Frankfurt a. M. 1906, Literarische Anstalt Rütten u. Loening. Bd. 1 und 2 geheftet Mk. 48.—, gebunden Mk. 53.25.

Wie wenig die wissenschaftliche Bedeutung des Pandektenrechts mit der Einführung eines neuen bürgerlichen Rechts in Deutschland geschwunden ist, zeigt am besten der Umstand, daß eine 2. Auflage der Neubearbeitung des Windscheidschen Lehrbuches nötig geworden ist. Theoretiker und Praktiker, deren Lehrzeit noch unter die Herrschaft des römischen Rechtes fiel, werden stets gern zu den ihnen durch langjährige Uebung vertraut gewordenen Lehrsätzen des römischen Rechtes zurückkehren, um hier eine Lösung für die zahllosen Probleme zu finden, die ihnen unser bürgerliches Gesetzbuch aufgibt. Sie werden sicher, wenn sie ihren „Windscheid-Kipp" zur Hand nehmen, Belehrung und Anregung niemals umsonst suchen. Aus den vielen Abschnitten, die wegen ihrer Bedeutung für die Rechtsanwendung in der Gegenwart Erwähnung verdienen, greife ich nur einen heraus, bei dessen Durchsicht die praktische Brauchbarkeit des Werkes ganz besonders in die Augen fällt: die ebenso tiefgehende als klare Darstellung der Irrtumslehre (Bd. I §§ 96 ff.).

Dem Studierenden mag das Buch vielleicht wegen der Fülle des in den Fußnoten zusammengedrängten Stoffes und wegen der Knappheit und abstrakten Schärfe des Textes weniger zu empfehlen sein. Da-

gegen sollten unsere Rechtspraktikanten und unsere Richter sich die Mühe nicht verdrießen lassen, durch eingehendes Studium die hier angesammelten Schätze zu heben. von der Pfordten.

Der Pitaval der Gegenwart. (Vgl. die Besprechung in Nr. 5 des 1. Jahrgangs S. 136.) Aus dem reichen Inhalte von Band II Heft 4 und Band III Heft 2 heben wir als besonders bemerkenswert hervor die Darstellungen der Fälle des Knabenmörders Breitrück (von Dr. iur. Oktavio Brackenhoeft, Hamburg), des Mädchenmörders Duve (von 1. Staatsanwalt, OLGR. Peßler, Braunschweig) und der Engelmacherin Wiese (von Pastor Heinrich Reuß, Fuchsbüttel). P.

Juristisch-psychiatrische Grenzfragen. Zwanglose Abhandlungen. Herausgegeben von Prof. Dr. Finger in Halle a. S., Prof. Dr. med. Hoche in Freiburg i. Br. und Oberarzt Dr. Bresler in Lublinitz (Schlesien). Halle a. S., Verlag von Carl Marhold, 1906. Abonnement für 1 Bd. = 8 Hefte Mk. 8.—.

Wir machen unsere Leser, insbesondere die Strafrichter, Untersuchungsrichter und Staatsanwälte gerne auf dieses Sammelwerk aufmerksam. Das uns vorliegende Heft 3 des 4. Bandes (Einzelpreis Mk. 0.80) enthält eine Abhandlung von Geh. Medizinalrat Dr. Hermann Kornfelder in Gleiwitz über Alkoholismus und Strafrecht und eine Studie über Gerhart Hauptmanns „Rose Bernd" vom kriminalistischen Standpunkte von Staatsanwalt Dr. Wulffen in Dresden. Beide Abhandlungen geben interessante Anregungen. von der Pfordten.

Liebmann, Dr. J., Justizrat, Rechtsanwalt und Notar in Frankfurt a. M., Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. neubearbeitete und vermehrte Auflage 1906, (260 S.), Verlag von Otto Liebmann Berlin. Brosch. Mk. 4.80; gbd. Mk. 5.60.

Das in seinen beiden ersten Auflagen vom † Oberlandesgerichtsrat Th. Hergenhahn bearbeitete Buch verfolgt nach wie vor nach seiner Anlage den Zweck, die Mitte zu halten zwischen den ausführlichen, umfangreichen und teueren Bearbeitungen und den kurzen Ausgaben des Gesetzestextes. Bei der außerordentlich zunehmenden praktischen Bedeutung der G. m. b. H. wird es in seiner knappen Fassung und großen Uebersichtlichkeit (letztere wird durch Randstichworte bedeutend erhöht) den Praktikern, besonders Gesellschaftsorganen und Notaren, in allen wesentlichen Fragen als Wegweiser dienen können. Im Anhang sind die einschlägigen Bestimmungen des preußischen Einkommensteuergesetzes und des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1906 (betr. die sogenannte Tantiemenbesteuerung) nebst Ausführungsvorschriften erläutert. — — tz.

Warneyer, Dr. Otto, Amtsrichter in Dresden. Die Zivilprozeßordnung in der neuesten Fassung erläutert durch die Rechtsprechung. 183. Band der von Max Hallbauer und Geh. Rat Dr. W. Schelcher herausgegebenen „Juristischen Handbibliothek". Leipzig 1906, Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Gebd. Mk. 5.60.

Der durch sein „Jahrbuch der Entscheidungen" bekannte Verfasser hat hier die Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes in Form von Fußnoten zu dem Gesetzestexte verarbeitet. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes seit 1879 und die Entscheidungen der übrigen Obergerichte seit 1. Januar 1900 sind berücksichtigt. In einem Anhang sind einige Nebengesetze zur ZPO. beigegeben. Die Ausstattung ist sehr gut. —i—

Wolff, Dr. Emil, Großherzogl. Kreisamtmann a. D. und Syndikus, Frankfurt a. M. Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bergwerken sowie Kolonialgesellschaften. 204 S. Berlin 1905, Verlag von Otto Liebmann. Preis brosch. Mk. 4.—, geb. Mk. 4.75.

Der Verfasser hat sich zum Ziele gesetzt, die Juristen über die wirtschaftlichen und finanziellen Seiten, die Industrie, die Kapitalisten und Handelsgewerbetreibenden aber über die rechtlichen Gesichtspunkte der einschlagenden Materien aufzuklären. Da er also den Angehörigen verschiedener Berufsklassen zu dienen bestrebt war, mußte er es sich versagen, allzusehr in die vielen juristischen und volkswirtschaftlichen Einzelheiten der umfangreichen von ihm behandelten Materie einzugehen, und vielmehr danach trachten, vor allem die leitenden, rechtlichen und volkswirtschaftlichen Grundsätze klar und faßlich darzustellen. Dies ist dem Verfasser auch vorzüglich gelungen. Dem Werke sind auch belehrende Muster von Gesellschaftsverträgen, Emissionsprospekten usw. beigegeben. St.

Gleispach, Dr. Wenzeslaus Graf, ord. Prof. der Rechte in Freiburg (Schweiz). Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. I. Teil. Berlin 1905. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. Brosch. Mk. 4.—

Eine bemerkenswerte, im wesentlichen kritische Schrift, welche die Vorschriften unseres Strafgesetzbuchs, noch mehr aber die Auslegung, die sie in der Literatur und Rechtsprechung gefunden hat, einer eingehenden Würdigung unterzieht. Sie wird bei der bevorstehenden Reform des Strafrechts wohl Beachtung finden müssen. P.

Krech, Dr. Johannes, Kais. Geh. Regierungsrat in Berlin, Grundbuchordnung vom 24. März 1897. Textausgabe mit Einleitung, Hinweisung auf das Landesrecht sämtlicher Bundesstaaten, Anmerkungen und Sachregister. 3. vermehrte Auflage. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Preis 1.40 Mk.

Die Ausgabe ist nunmehr durch zahlreichere Verweisungen auf das Landesrecht (auch auf die bayer. DA. f. d. GBAe.) und durch stärkere Verwertung der Rechtsprechung weit brauchbarer geworden, als sie in den früheren Auflagen war. Die Auswahl der eingestreuten Erkenntnisse zeigt eine vorsichtige Hand. P.

Notiz.

Gewährleistung beim Viehkauf. Herr Rechtsanwalt Dr. Stölzle in Kempten teilt uns im Nachgange zu seiner Abhandlung auf S. 436 (Nr. 22) noch mit, daß auch das Landgericht Stendal in einer Entscheidung vom 25. September 1906 in Sachen Meyer-Heinrichs 2 S 174 C ausdrücklich auf die Ausführungen in seinem „Viehkauf" S. 75 der 2. Auflage, nunmehr S. 36 ff. der 3. Auflage, Bezug nimmt und sie als vollständig zutreffend bezeichnet.

Da Rechtsstreitigkeiten über die Fragen des Viehgewährschaftsrechts nur selten vor den höheren Gerichten zum Austrage kommen, wäre es wünschenswert, wenn uns die Leser gelegentlich über interessante, auf diesem Gebiete vorkommende Fälle berichten würden.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz

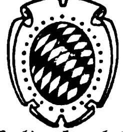
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf.

Von Rechtsanwalt **Meisner** in Würzburg.

In Nr. 22 dieser Zeitschrift S. 436 ff. erörtert Stölzle den Begriff und die Folgen des arglistigen Verschweigens eines Nichthauptmangels beim Viehkauf. Hierbei wird für das Viehgewährschaftsrecht der Satz aufgestellt: „Der Verkäufer haftet für Nichthauptmängel nicht, er ist deshalb auch nicht verpflichtet, etwa vorhandene Nichthauptmängel dem Käufer zu offenbaren. Verschweigt der Verkäufer beim Handel einen Nichthauptmangel, so handelt er nicht arglistig im Sinne des Gesetzes."

Schon dieser Satz ist bedenklich, zum mindesten aber geeignet, irre zu führen.

Mit Stölzle ist in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts davon auszugehen, daß der Verkäufer nicht schlechtweg verpflichtet ist, die ihm bekannten Mängel dem Käufer anzuzeigen, und daß deshalb das bloße, wenn auch bewußte Verschweigen eines Mangels den Begriff des arglistigen Verschweigens noch nicht erfüllt, hierzu vielmehr erforderlich ist, daß der Verschweigende etwas nicht sagt, dessen Angabe der andere Teil *unter den gegebenen Umständen* nach der Verkehrsauffassung erwarten darf.

Dabei ist aber noch eines hervorzuheben: Bei dem Begriff des *arglistigen* Verschweigens liegt das Schwergewicht im subjektiven Tatbestand. Es wäre verfehlt, wenn man aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts ableiten wollte, daß allemal dann, wenn der Verkäufer nach objektivem Maßstabe hätte reden müssen, schon Arglist gegeben sei. Dazu gehört vielmehr der Wille des Verkäufers, sich durch sein Schweigen gegenüber dem Käufer eine günstigere Position zu schaffen oder zu erhalten. Dieses spekulative Moment ist immer da gegeben, wo sich der Verkäufer bewußt ist, daß die Kenntnis des Mangels auf den Entschluß des Käufers, zu kaufen oder zu den vereinbarten Bedingungen zu kaufen, von bestimmendem Einfluß sein würde oder doch sein könnte (vgl. JW. 1904 S. 113).

In der Praxis wird die Beurteilung des Falls zweckmäßig davon ausgehen, ob der Verkäufer auf die Unkenntnis des Käufers bezüglich des dem Verkäufer bekannten Mangels spekuliert hat. Ist dies der Fall, dann hat er auch *arglistig* verschwiegen; denn nach der anständigen Verkehrsauffassung durfte in solchem Fall der andere Teil erwarten, daß der Verkäufer nicht schweigen, sondern reden werde.

Dabei besteht, soweit der **Begriff** *des arglistigen Verschweigens in Frage steht, keinerlei Unterschied dahin, ob sich das arglistige Verschweigen auf Hauptmängel oder ob es sich auf Nichthauptmängel bezieht.* Wenn daher Stölzle den Satz aufstellt, daß im Viehhandel arglistiges Verschweigen nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden könne, so ist das entschieden unrichtig. Hat der Verkäufer in spekulativer Absicht d. i. also unter Ausbeutung der von ihm erkannten oder doch vermuteten Unkenntnis des Käufers verschwiegen, daß das zum Dienstgebrauch erworbene Pferd ein lebensgefährlicher Schläger ist, dann hat er zwar natürlich keinen Hauptmangel, aber immerhin einen Mangel *arglistig verschwiegen.* Stölzle bleibt sich auch selbst nicht treu, indem er später ausführt, daß eine Täuschung unter Umständen auch durch arglistiges Verschweigen ausgeübt werden kann. Gemeint ist dem Zusammenhang nach das arglistige Verschweigen eines Nichthauptmangels. Aber wie reimt sich damit die kurz vorher aufgestellte Behauptung zusammen: „Arglistiges Verschweigen kann im Viehhandel *nur* bezüglich der *Hauptmängel* begangen werden."

Freilich sind die rechtlichen **Folgen** *andere, je nachdem sich das arglistige Verschweigen auf einen Hauptmangel oder einen Nichthauptmangel bezieht.*

Kraft gesetzlicher Vorschrift haftet der Verkäufer *aus dem Kaufvertrage* für gewisse Mängel der Kaufsache (§§ 459—492 BGB.). Beim *Viehkauf* tritt diese gesetzliche Haftung

aus dem Kaufvertrage ein für die Hauptmängel (§ 482 BGB.) und für die zugesicherten Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB.). Liegt ein Hauptmangel vor, so kann der Käufer im Normalfall die Wandelung verlangen (§ 487 BGB); soweit der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft in Frage steht, hat er die Wahl zwischen Wandelung (§ 492 BGB.) und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 BGB.). Dieser Schadensersatzanspruch besteht in gleicher Weise beim Hauptmangel, wenn er arglistig verschwiegen wurde (§ 463 BGB.). Auch insoferne führt arglistiges Verschweigen — und zwar im Falle sowohl des Hauptmangels wie des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft — zu einer Verschärfung der gesetzlichen Haftung aus dem Kaufvertrage, als das Recht, den Wandelungs- oder Schadensersatzanspruch noch nach der Verjährung einredeweise geltend zu machen, nicht von der rechtzeitigen Erstattung der sonst erforderlichen Mängelanzeige abhängig ist. Dies bestimmt § 485 BGB. für Hauptmängel schlechtweg, § 492 mit § 485 BGB. für den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft unter der Voraussetzung, daß eine Gewährfrist vereinbart ist, und der nach der herrschenden Ansicht analog anzuwendende § 478 BGB., falls bezüglich der zugesicherten Eigenschaft keine Gewährfrist vereinbart ist. Es ist also nicht nur bei einem Hauptmangel, sondern auch beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft der Umstand, daß der Mangel arglistig verschwiegen wurde, für den Inhalt der gesetzlichen Haftung des Verkäufers aus dem Kaufvertrage von Bedeutung.

Wird ein Mangel arglistig verschwiegen, der nicht zu den Hauptmängeln gehört und dessen Abwesenheit auch nicht zugesichert wurde, dann ist allerdings das arglistige Verschweigen für die Haftung des Verkäufers aus dem Kaufvertrage vollständig belanglos. Für solche Fehler haftet eben der Verkäufer aus dem Kaufvertrage an sich nicht, und es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung, welche für den Fall des arglistigen Verschweigens eines solchen Mangels diese Haftung begründet. Es ist aber wohl zu beachten: Nur die Haftung für sachliche Mängel, welche dem Verkäufer aus dem Kaufvertrage durch die §§ 459 bis 492 BGB. auferlegt ist, kann bei solchen arglistig verschwiegenen Mängeln nicht in Anspruch genommen werden; der Käufer ist deswegen noch nicht rechtlos gestellt, sondern nur auf die allgemeinen Rechtsbehelfe beschränkt.

In Betracht kommen die §§ 123 und 823 BGB.

Ist durch das arglistige Verschweigen eines Mangels ein Irrtum des Käufers erregt oder unterhalten worden, dann liegt stets eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB. vor, und es ist im Einzelfalle nur noch zu untersuchen, ob der Käufer durch diese arglistige Täuschung zur Abgabe seiner Willenserklärung (Kauf) bestimmt wurde, um die Anwendung des § 123 zu verbürgen. Der Käufer ist zu seiner Willenserklärung durch die arglistige Täuschung nicht bloß dann bestimmt, wenn er bei Kenntnis der wahren Sachlage überhaupt nicht gekauft hätte, sondern auch dann, wenn er alsdann nicht den von ihm bewilligten Preis zugestanden hätte. In letzterem Falle kann der Käufer seine Erklärung, durch welche er den vereinbarten Preis zugestanden hat, anfechten und damit wird dem ganzen Vertrag die Geltung entzogen, weil ja solchergestalt eine Willenseinigung der Vertragsteile über den Preis nicht mehr vorhanden ist. Erforderlich und genügend ist der Nachweis, daß der Käufer bei Kenntnis der Sachlage nach seinem subjektiven Denken das Geschäft nicht abgeschlossen oder doch den vereinbarten Kaufpreis nicht bewilligt hätte. Dieser Nachweis ist vorbehaltlich des vom Verkäufer zu erbringenden Gegenbeweises schon dann dargetan, wenn der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum geeignet war, einen verständigen Menschen zu dem Entschlusse zu bestimmen, sich auf das Geschäft so wie geschehen einzulassen.[1]) Bei wesentlichen Eigenschaften wird dies regelmäßig der Fall sein; aber es reicht auch eine Täuschung über unwesentliche Eigenschaften aus, sofern nur der Nachweis des Kausalzusammenhanges zu erbringen ist. Eine Vermögensbeschädigung des Käufers gehört nicht zur begrifflichen Voraussetzung des Anfechtungsanspruches; er kann daher selbst dann durchdringen, wenn das verkaufte Tier infolge des verschwiegenen Mangels nicht weniger wert ist, als der Käufer hierfür als Kaufpreis zugestanden hat. Immerhin wird dieser Umstand gegen die Annahme des Kausalzusammenhanges zwischen Täuschung und Willenserklärung verwertet werden können.

Außer und kumulativ neben dem Anfechtungsanspruch steht dem Käufer, der von dem Verkäufer durch arglistiges Verschweigen über das Vorhandensein eines Mangels weggetäuscht wurde, der Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB. zu, jedoch begriffgemäß nur dann, wenn er durch die arglistige Täuschung in seinem Vermögen geschädigt wurde. Dieser Schadensersatzanspruch ist seinem Inhalte nach wesentlich verschieden von dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, den § 463 im Falle des arglistig verschwiegenen Hauptmangels oder im Falle des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verleiht. Im einen wie im anderen Fall hat nach § 249 BGB. der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, das ist im Falle des § 463, wenn das Tier den Fehler nicht gehabt hätte, und im Falle des

[1]) Vgl. Bolze Bd. 20 Nr. 778. — Seuff. Arch. Bd. 36 Nr. 7.

§ 823, wenn der Verkäufer den Fehler nicht verschwiegen hätte. Es ist also beim Falle des § 823 die Frage dahin zu stellen: Welcher Zustand würde bestehen, wenn der Verkäufer den Mangel angegeben hätte; dieser Zustand muß vom Verkäufer hergestellt eventuell durch Geldentschädigung ersetzt werden (§ 251 BGB.). Hätte dann der Käufer das Tier überhaupt nicht gekauft, so kann der Käufer die Rückzahlung des ganzen Kaufpreises und daneben noch seinen weiteren Schaden verlangen, z. B. Gewinnentgang (§ 252 BGB.) oder den Schaden, welchen das Tier infolge des verschwiegenen Mangels angerichtet hat (z. B. Beschädigung von Personen oder Sachen, Ansteckung anderer Tiere). Würde aber der Käufer das Tier bei Kenntnis des Mangels doch gekauft haben, aber nur zu einem geringeren Preise, so ist zunächst nur der Minderwert des Tieres zu ersetzen, den es infolge des Mangels hat; die Zubilligung eines weiteren Schadens, z. B. Ansteckung oder Verletzung anderer Tiere, erfordert eine besonders sorgfältige Prüfung der Frage, ob dieser Schaden auch wirklich eine Folge des Verschweigens ist. Hat z. B. der Verkäufer entdeckt, daß das Pferd ein Schläger ist und wird nach dem Zeitpunkt der Entdeckung von diesem Pferd einem anderen eine Verletzung zugefügt, so wird dieser Schaden regelmäßig keine Folge des Verschweigens sein und daher nach § 823 BGB. nicht beansprucht werden können; im Falle des § 463 BGB. wäre dagegen auch hierfür Schadensersatz zu leisten, vorbehaltlich des Einflusses eines konkurrierenden Verschuldens (§ 254 BGB.).

Man sieht, wie auch bezüglich des Schadensersatzanspruches die Tatsache in die Erscheinung tritt, daß bei Nichthauptmängeln, deren Abwesenheit nicht zugesichert wurde, kein Anspruch aus dem Kaufvertrag, also kein Erfüllungsanspruch besteht.

Die sachliche Zuständigkeit für die auf arglistige Täuschung über einen Viehmangel begründete Anfechtungs- und Schadensersatzklage richtet sich nach § 23 GVG., sodaß also die Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig sind. Insoweit ist Stölzle beizupflichten. Widerspruch dagegen erfordert dessen Aufstellung, daß für die Anfechtungsklage wegen arglistiger Täuschung die örtliche Zuständigkeit durch Bezugnahme auf § 29 ZPO. nicht begründet werden könne. Dies ist unter Umständen sehr wohl möglich. Die Anfechtung des Vertrages nach § 123 BGB. vollzieht sich durch einseitige außergerichtliche Willenserklärung des Käufers (§ 143 BGB.); die Anfechtungsklage verfolgt die Feststellung des Nichtbestehens des Vertrages und ist sonach eine negative Feststellungsklage. Gerade für Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrages ist durch § 29 ZPO. der Gerichtsstand des Erfüllungsortes der streitigen Verpflichtung begründet. Streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ZPO. ist, falls der Vertrag vom Käufer noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, von welcher er befreit sein will.[1]) In diesem Falle kann also die Anfechtungsklage regelmäßig an dem Gerichte des Ortes erhoben werden, an welchem der Käufer seinen Wohnsitz hat; denn dies ist regelmäßig auch der Erfüllungsort für diese im Streit befangene Verpflichtung des Käufers (§ 269 BGB.). Wenn dagegen der Vertrag vom Käufer bereits vollständig erfüllt ist, dann ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückerstattung des Kaufpreises im Streite.[2]) Es liegt nahe, daran zu denken, daß in analoger Anwendung der Grundsätze, welche das Reichsgericht bezüglich des Erfüllungsortes bei der Wandelungsklage gegeben hat, die Anfechtungsklage auch in diesem Falle an dem Gerichte des Ortes erhoben werden könne, an welchen die Kaufsache infolge des Kaufes gebracht worden ist. Allein das Reichsgericht hat (Bd. 49 S. 423) diesen Standpunkt abgelehnt, sogar für den dort erhobenen Anspruch auf Rücknahme der Kaufsache, wobei dem Umstande, daß in dem dort behandelten Falle nicht zugleich auf Feststellung der Vertragsnichtigkeit, sondern lediglich auf die Folgen der eingetretenen Nichtigkeit geklagt war, keine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt wurde.

Noch einmal das Zeugnisverweigerungsrecht der unehelichen Mutter im Unterhaltsprozesse des unehelichen Kindes.

Von Landgerichtsrat **W. Hagen** in Frankenthal.

Die Frage hat seit dem Inkrafttreten des BGB. verschiedene Beantwortung erhalten und ist bis auf den heutigen Tag noch bestritten.

Soweit ich die Literatur und Rechtsprechung überblicken kann, haben sich ausgesprochen:

I. Gegen die Verpflichtung der unehelichen Mutter, Zeugnis zu geben:

1. Maaßen im Recht Jahrg. 1902 S. 369; 2. Tebelmann, DJZ. 1903 S. 570; 3. Brettner im Recht 1904 S. 493; 4. Seuff., Komm. z. ZPO. Bd. I S. 567; 5. Dernburg Bd. IV S. 285; 6. Petersen, Komm. z. ZPO. 5. Aufl. § 385 Anm. 4; 7. Motive z. BGB. Bd. IV S. 869 und anscheinend auch S. 877; 8. OLG. Hamburg in Soergel, Rechtspr. 1905 S. 465; 9. RGStrS. Bd. 36 S. 3; 10. Gaupp-Stein, 8. u. 9. Aufl. Bd. I S. 878; vgl. auch noch Entsch. d. LG. München I und OLG. München in BayZfR. 1905 S. 320.

II. Für die Verpflichtung, Zeugnis zu geben, haben sich erklärt:

1. Goldmann in DJZ. 1903 S. 472; 2. Seifarth im Recht 1904 S. 571, 572;

[1]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 139; JW. 1900 S. 150.
[2]) Vgl. RG. Bd. 27 S. 393; Bd. 49 S. 423.



3. Scherer, Komm. z. BGB. Bd. IV S. 379; 4. Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl. § 1708 Anm. 2 c und d; vgl. außerdem auch RGStrS. Bd. 34 S. 428.

Einschlägig für die Beurteilung der Streitfrage sind zunächst drei Bestimmungen der ZPO., nämlich:

a) § 383 Ziff. 3, wonach zur Verweigerung des Zeugnisses Personen berechtigt sind, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt ꝛc. sind;

b) § 385 Ziff. 3, wonach in den Fällen des § 383 Ziff. 1—3 und des § 384 Ziff. 1 der Zeuge das Zeugnis nicht verweigern darf: „über Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen“;

c) § 384 Ziff. 2, wonach das Zeugnis über Fragen verweigert werden kann, deren Beantwortung dem Zeugen zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde.

Liegt nun der Fall so, daß die Kindsmutter als Zeugin eine Frage zu beantworten hätte, deren Beantwortung ihr zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde, so ist es zweifellos, daß ihr hinsichtlich dieser Frage das in § 384 Ziff. 2 ZPO. normierte beschränkte Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt werden muß. Dies gilt selbst dann, wenn man die Zeugnispflicht der Kindsmutter an sich auf Grund des § 385 Ziff. 3 ZPO. bejaht, denn § 385 normiert den Zeugniszwang nur für die Fälle des § 383 Ziff. 1—3 und § 384 Ziff. 1, nicht aber auch des § 384 Ziff. 2.

Zu beachten ist jedoch, daß § 384 Ziff. 2 kein allgemeines Zeugnisverweigerungsrecht gewährt, sondern lediglich die Befugnis, die Beantwortung derartiger Fragen zu verweigern. Allerdings wird im Unterhaltsprozesse in der Regel das ganze Beweisthema für die Kindsmutter in einer derartigen Frage bestehen.

In erster Linie wird nun einer unehelichen Mutter unter allen Umständen das Recht zugebilligt werden müssen, auf Grund des § 384 Ziff. 2 die Beantwortung einer Frage zu verweigern, deren Beantwortung ihr die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung zuziehen würde: z. B. der in Anspruch Genommene stellt unter Beweis, daß die Kindsmutter innerhalb der Empfängniszeit auch noch mit einem verheirateten Manne Geschlechtsverkehr gehabt habe. Schwieriger ist die Feststellung, ob die Beantwortung einer Frage der Kindsmutter zur Unehre gereichen würde. Soweit das Kind als Kläger auftritt und es bei dem Bestreiten des in Anspruch genommen Vaters, daß er der Kindsmutter überhaupt beigewohnt, die Mutter als Zeugin für die tatsächlich erfolgte Beiwohnung benennt, wird es sich in der Regel nicht um eine Frage handeln, deren Beantwortung der Mutter zur Unehre gereicht. Denn die Tatsache, daß sie ein uneheliches Kind geboren hat, steht ja fest und ist in den meisten Fällen gerichtsbekannt. In der Regel hat die Kindsmutter ja in derartigen Fällen vor dem Vormundschaftsgerichte bereits die Erklärung abgegeben, daß und wann sie unehelich geboren und wer als Vater des Kindes in Betracht komme.

Es handelt sich also gar nicht mehr um die Frage, ob sie unehelich geboren hat, denn diese Tatsache steht ja fest, es steht deshalb auch weiter fest, daß sie mit einem Manne Geschlechtsverkehr gehabt haben muß, es handelt sich daher lediglich um die Frage, mit welchem Manne, insbesondere ob sie es mit dem Beklagten zu tun gehabt hat, und die Beantwortung dieser Frage gereicht ihr nicht mehr zur Unehre.

Anders kann die Sache natürlich liegen, wenn die Kindsmutter von dem in Anspruch genommenen Beklagten als Zeugin darüber benannt wird, daß sie innerhalb der einrechnungsfähigen Zeit auch noch anderen Männern die Beiwohnung gestattet habe. Hier kann die Beantwortung der Frage der Zeugin zur Unehre gereichen, muß es aber nicht. Nimmt man z. B. an, der in Anspruch genommene Beklagte hat die Kindsmutter als völlig unbescholtenes Mädchen durch das Versprechen, sie zu heiraten, zur Gestattung der Beiwohnung verführt, aus der dann das uneheliche Kind hervorgegangen ist und er behauptet nun im Unterhaltsprozesse des Kindes, die Kindsmutter habe in der Empfängniszeit auch noch anderen Mannspersonen die Beiwohnung gestattet, so würde zweifellos die Beantwortung dieser Frage der Zeugin zur Unehre gereichen können.

Anders wird die Sache liegen, wenn als Kindsmutter eine Prostituierte oder sehr schlecht beleumundete Person, die vielleicht schon so und so oft unehelich geboren hat, in Betracht kommt. Es gibt deshalb eine Reihe von Fällen, in denen die Beantwortung der kritischen Frage der Kindsmutter weder die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung zuziehen kann, noch auch ihr zur Unehre gereicht. Und lediglich diese Fälle kommen dann in Betracht für die Frage, ob die Kindsmutter verpflichtet ist, Zeugnis zu geben, weshalb es sich für die Anwendbarkeit des § 385 Ziff. 3 ZPO. nur um jene Fälle handelt, in denen der der § 384 Ziff. 2 von vorneherein ausgeschlossen ist.

Es besteht nun zunächst kein Zweifel darüber, daß das uneheliche Kind und seine Mutter miteinander verwandt sind, weshalb auch die Mutter in dem Prozesse des Kindes an sich berechtigt ist, das Zeugnis zu verweigern auf Grund des § 383 Ziff. 3 ZPO. Es fragt sich jedoch weiter, ob nicht die Mutter auf Grund der Bestimmung des § 385 Ziff. 3 ZPO. im Unterhaltsprozesse des Kindes verpflichtet ist, Zeugnis zu

geben. Hier ist zunächst zu untersuchen, ob der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit ist.

Das Gesetz rechnet zu diesen Vermögensangelegenheiten solche, die sich auf das Familien- und Erbrecht beziehen, z. B. Ansprüche aus dem ehelichen Güterrechte, erbrechtliche Ansprüche aller Art, Unterhaltsansprüche (vgl. u. a. Entsch. d. ObLG. in Seuff. Arch. Bd. 43 Nr. 236; OLG. Oldenburg in Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 72).

Es ist daher zweifellos der gewöhnliche Unterhaltsanspruch eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit. Aber auch der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater ist eine Vermögensangelegenheit, welche durch das Familienverhältnis bedingt ist. Allerdings ist das BGB. bei der Regelung der rechtlichen Stellung des unehelichen Kindes gegenüber dem Vater und dessen Familie davon ausgegangen, daß eine Verwandtschaft zwischen diesen Personen an sich nicht begründet werden soll; es bestimmt deshalb auch § 1589 Abs. II BGB.:

„Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt." Allein schon durch die Fassung, daß sie nicht als verwandt „gelten". erkennt das Gesetz das zwischen Kind und Vater bestehende natürliche Band des Blutes an. Und dieser einmal nicht wegzuleugnenden Blutsverwandtschaft trägt das Gesetz durch besondere Ausnahmebestimmungen Rechnung. Mit anderen Worten: Das Gesetz steht auf dem Standpunkte, die an sich natürlicherweise bestehende Blutsverwandtschaft zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde soll für das Recht im allgemeinen nicht berücksichtigt werden, allein dieser allgemeine Grundsatz soll einzelne Ausnahmen erleiden und in diesen Ausnahmefällen soll das Verwandtschaftsverhältnis auch für das Recht in Geltung bleiben. Solche sind nun:

a) Das Ehehindernis gem. § 1310 Abs. III BGB.; daselbst ist die Verwandtschaft auch für das Recht ausdrücklich aufrecht erhalten worden mit der Bestimmung: Verwandtschaft im Sinne dieser Vorschrift besteht auch zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits.

b) Die Legitimation durch nachfolgende Eheschließung zwischen dem unehelichen Vater und der Kindsmutter. Durch diese Eheschließung erlangt das uneheliche Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen (§ 1719 BGB.).

c) Die Ehelichkeitserklärung eines unehelichen Kindes (§ 1723 BGB.).

d) Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde (§ 1708 BGB.). Gerade hinsichtlich dieses letzteren Falles äußern sich die Motive z. BGB. in erschöpfender und völlig unzweideutiger Weise, indem sie ausführen (vgl. Motive z. BGB. Bd. IV S. 868):

„Das durch die Zeugung zwischen dem unehelichen Vater und dem unehelichen Kinde geknüpfte natürliche Band der Verwandtschaft bringt, wenn auch das Gesetz im übrigen aus den in den Motiven zu § 1568 oben S. 851 ff. dargelegten Gründen Anstand nehmen muß, familienrechtliche Beziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater anzuerkennen, doch die natürliche und sittliche Pflicht für den unehelichen Vater mit sich, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen. Der Anerkennung dieser Unterhaltspflicht kann das Recht sich nicht entziehen, ohne mit den Gesetzen der Natur und dem Sittengesetze in Widerspruch zu geraten."

Dazu ist dann weiter ausgeführt auf S. 874:

„Indem der § 1571 bestimmt, daß der Vater des unehelichen Kindes dem letzteren nach Maßgabe der §§ 1572—76 den Unterhalt zu gewähren verpflichtet ist, bringt er zum klaren Ausdruck, daß der Entwurf in Gemäßheit der obigen Ausführungen (vgl. oben S. 868) die hier fragliche Unterhaltspflicht auf die wirkliche Vaterschaft stützt und daher als eine familienrechtliche, aus dem Status des Kindes sich ergebende Verbindlichkeit behandelt, welche jedoch, da sie nichtsdestoweniger eine gesetzliche Obligation ist, wie die gesetzliche Unterhaltspflicht der Verwandten, den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes untersteht. Wenngleich es nicht Aufgabe des Gesetzes ist, zu konstruieren, so muß doch die rechtliche Natur der Unterhaltspflicht klargelegt werden, um einen festen Anhalt für die Beantwortung aller derjenigen Fragen zu geben, welche der gesetzlichen Entscheidung sich entziehen oder aus sonstigen Gründen eine ausdrückliche Entscheidung im Gesetze nicht finden. . . . . Der Entwurf hat dem Ausdrucke „Vater" den Vorzug gegeben, weil er der gewählten Konstruktion und dem Gedanken am meisten entspricht, daß es sich hier, soviel den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes betrifft, um eine Ausnahme von dem in § 30 III ausgesprochenen Grundsatze handelt, nach welchem durch die uneheliche Geburt ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater nicht begründet wird. Der Ausdruck „Erzeuger" könnte insbesondere zu dem Mißverständnis führen, als ob der Entwurf derjenigen, in ihren Konsequenzen zum Teil zu anderen Resultaten führenden Theorie sich angeschlossen habe, welche die Unterhaltspflicht nicht auf ein Statusverhältnis, sondern auf eine in sich abgeschlossene Tatsache der Erzeugung gründet."

Aber auch in der Kommission ist zum Ausdruck gebracht worden, daß der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ein familienrechtlicher sei und hierzu betont worden:

„Die rechtliche Grundlage der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters sei nach der theoretisch richtigen und dem Entwurfe zugrunde liegenden Auffassung die Vaterschaft. Dieses in sonstigen Beziehungen vom Rechte absichtlich übersehene, aber doch tatsächlich vorhandene Verwandtschaftsverhältnis werde in diesem einen Punkt beachtet und zur Grundlage einer Rechtspflicht erhoben."
(Vgl. Prot. Bd. IV S. 674 Ziff. 2.)

Angesichts dieser Begründungen erscheint mir die Annahme, daß der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ein familienrechtlicher und im Familienverhältnis begründet sei, wohl berechtigt,

wobei es meines Erachtens genügend ist, nur auf zwei Sätze besonders hinzuweisen, nämlich: daß der Entwurf die hier fragliche Unterhaltspflicht auf die wirkliche Vaterschaft stützt und daher als eine familienrechtliche, aus dem Status des Kindes sich ergebende Verbindlichkeit behandelt; ferner auf die Begründung des Wortes „Vater", weil dieser Ausdruck am meisten dem Gedanken entspricht, daß es sich bei dem Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes um eine Ausnahme von dem Grundsatze handelt, nach welchem durch die uneheliche Geburt ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater nicht begründet wird. (Vgl. Motive oben.)

Es ist sonach folgendes festgestellt: Einerseits ist das Kind zweifellos mit seiner Mutter verwandt, andererseits stützt sich — wie die Motive ausführen — der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes auf die wirkliche Vaterschaft und wird daher als eine familienrechtliche, aus dem Status des Kindes sich ergebende Verbindlichkeit behandelt. Es erscheint demnach dieser Unterhaltsanspruch als eine Vermögensangelegenheit, welche durch das Familienverhältnis bedingt ist.

Gleichwohl halte ich die Anwendung des § 385³ ZPO. auf die Zeugnispflicht der unehelichen Kindsmutter für ausgeschlossen, und zwar aus einem Grunde, der nicht in der Natur des Unterhaltsanspruches, sondern in der prozessualen Beschränkung des § 385 ZPO. liegt.

Denn dieser Paragraph muß eng ausgelegt werden. Man muß hierbei in erster Linie im Auge behalten, daß er eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel statuiert. Und wenn man speziell die Ziff. 3 des § 385 in ihrem Verhältnis zu § 383 Ziff. 3 ZPO. untersucht, so ergibt sich folgendes: An sich ist der nahe Verwandte 2c. einer Partei berechtigt, das Zeugnis zu verweigern; ausnahmsweise aber muß er doch Zeugnis geben, nämlich über Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen. Hierbei kommt aber eben mit Rücksicht auf das Verhältnis des § 385³ zu § 383³ lediglich das Familienverhältnis zwischen dem Zeugen und derjenigen Partei in Betracht, zu welcher er in dem betreffenden verwandtschaftlichen Verhältnis steht. Es gehören daher nicht hierher solche Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis zwischen der einen Partei und der Gegenpartei bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen. Mit anderen Worten: Als Familienverhältnis im Sinne des § 385³ ZPO. kommt nur dasjenige in Betracht, welches besteht zwischen dem Zeugen und derjenigen Partei, mit welcher der Zeuge im Sinne des § 383³ verwandt oder verschwägert ist.

Bei den Fragen des gewöhnlichen Familien- oder Erbrechtes kommt dies nicht weiter zum Ausdruck, weil eben zwischen Vater, Mutter und Kindern ein einziges Familienverhältnis besteht, das alle umfaßt.

Anders dagegen bei dem unehelichen Kinde. Hier besteht ein Familienverhältnis zwischen Mutter und Kind und ein beschränktes Familienverhältnis zwischen Vater und Kind, aber es fehlt an jedem Familienverhältnis zwischen Vater und Mutter.

Dem Gesagten zufolge könnte von einer Anwendung des § 385³ ZPO. auf die Zeugenpflicht der unehelichen Kindsmutter nur dann gesprochen werden, wenn der Unterhaltsanspruch des Kindes eine durch das Familienverhältnis zwischen ihm und der Mutter bedingte Vermögensangelegenheit wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Es ist vielmehr lediglich eine Vermögensangelegenheit, welche durch das Familienverhältnis zwischen Vater und Kind bedingt ist, es handelt sich daher um eine Vermögensangelegenheit, welche durch das Familienverhältnis zwischen den Parteien und nicht durch das Familienverhältnis zwischen dem Zeugen und einer Partei bedingt ist. Für diesen Fall aber trifft die Ausnahmebestimmung des § 385³ ZPO. nicht zu.

Auf diese Weise ließe sich auch der Standpunkt der Motive erklären. Denn wie oben ausgeführt, erklären diese einerseits den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes als einen familienrechtlichen, auf die Vaterschaft gestützten und aus dem Status des Kindes sich ergebenden. Trotzdem erklären sie aber anderseits die Mutter in dem Prozesse des Kindes zwar als mögliche Zeugin, aber auch für berechtigt, das Zeugnis zu verweigern auf Grund des § 348 Ziff. 3 (jetzt § 383 Ziff. 3) ZPO. (vgl. Motive zum BGB. Bd. IV S. 869 und anscheinend auch S. 877).

Zum Schlusse mag noch auf eines hingewiesen werden. Die endgültige Lösung der Streitfrage wäre dringend zu wünschen. Denn es handelt sich hierbei nicht bloß um das Recht der Zeugnisverweigerung an sich, sondern auch um die Frage: Muß die Kindsmutter beeidigt werden, wenn sie an sich bereit ist, Zeugnis zu geben? Hält man nämlich den § 385³ ZPO. für anwendbar auf die Kindsmutter als Zeugin im Unterhaltsprozesse des unehelichen Kindes gegen den Vater, so muß die Kindsmutter beeidigt werden, anderenfalls dagegen kann sie beeidigt werden, falls sie sich vernehmen läßt. Es kann also der Richter selbst dann in die Lage kommen, zu der Streitfrage Stellung nehmen zu müssen, wenn die Kindsmutter von Anfang an bereit ist, Zeugnis zu geben (ZPO. § 391; Entsch. des RG. Bd. 40 S. 348).

Die Eröffnung der in amtlicher Verwahrung befindlichen Verfügungen von Todes wegen durch die Notariate.

Von **Gottfried Schmitt**, Notariatspraktikant in Nürnberg.

(Schluß.)

IV. Die Eröffnung.

Ist der Notar zur Eröffnung der letztwilligen Verfügung berufen, so hat er zunächst Termin zur Eröffnung des Testamentes anzuberaumen (Bek. v. 5. Juli 1903 § 247 mit § 31 d. Bek. v. 20. März 1903).

Von der Bestimmung des Eröffnungstermines ist das Nachlaßgericht unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

Dieser Mitteilung bedarf es natürlich nicht, wenn der Notar auf Grund einer diesbezüglichen Benachrichtigung oder Aufforderung des Nachlaßgerichtes selbst die Eröffnung vornimmt (§ 248 d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Zu dem Termine sind sodann die gesetzlichen Erben des Erblassers und die sonstigen Beteiligten zu laden. Die Ladung unterbleibt, wenn sie untunlich ist, z. B. wenn eine Ladung durch öffentliche Zustellung notwendig wäre. Besondere Nachforschungen nach dem Vorhandensein von Beteiligten, z. B. Vermächtnisnehmern, sind nicht anzustellen. Ist die Ermittelung der gesetzlichen Erben dagegen durch Anfrage bei der Ortspolizeibehörde ohne besondere Schwierigkeit möglich, so soll, wenn die Todesanzeige die gesetzlichen Erben nicht nennt, diese Anfrage gestellt werden.

Die Ladung soll einen Hinweis darauf enthalten, daß die nicht erschienenen Beteiligten von dem sie betreffenden Inhalte des Testamentes werden in Kenntnis gesetzt werden. Die Zustellung dieser Ladung erfolgt mittels einfachen Briefes, Postkarte oder Aushändigung. In den Akten ist Vermerk über die Art der Zustellung zu machen. Ein Eintrag ins Zustellungsregister hat dagegen bei der gewählten einfachen Zustellung nicht zu erfolgen. Der Vermerk in den Akten hat dann zu lauten: „am .... durch einfachen Brief (Postkarte) bekannt gemacht."

Ist derjenige, dem die Ladung zugestellt werden soll, beim Notariat anwesend, so soll ihm, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, die Verfügung (Ladung) stets zu Protokoll bekannt gemacht werden (§ 31 Bek. v. 20. März 1903 mit §§ 49, 51, 52 d. Bek. v. 16. Dezember 1899, die Ausführung der Zustellungen von Amts wegen betr., JMBl. 1899/475 mit Bek. v. 8. Januar 1902, die Zustellung von Amts wegen betr., JMBl. 1902/307).

Die Ladungsbriefe sind portopflichtig (Bek. v. 8. Januar 1902, JMBl. 1902/307).

Verfahren im Termine.

Vor der Eröffnung ist das Testament den Erschienenen vorzuzeigen und die Unverletztheit des Verschlusses, insbesondere auch der Siegel, festzustellen. Sodann ist das Testament zu eröffnen, den Beteiligten zu verkünden und auf Verlangen vorzulegen. Im Falle der Vorlegung darf die Verkündung unterbleiben.

Ueber die Eröffnung ist ein Protokoll aufzunehmen. Es muß enthalten:

1. eine Beschreibung des Herganges der Eröffnung;
2. die Angabe, daß der Verschluß unversehrt war, oder welche Verletzungen des Verschlusses wahrgenommen worden sind;
3. sofern das Testament besondere Auffälligkeiten, z. B. Ausstreichungen, Ueberschreibungen, Ausschabungen, Randbemerkungen enthält, deren kurze Angabe;
4. etwaige Erklärungen über die Echtheit oder über die Anerkennung des Testaments;
5. Angaben der Beteiligten über den Wert des Nachlasses (§ 32 d. Bek. v. 20. März 1903).

Den Erschienenen ist vom Notar bekannt zu geben, daß er die Akten alsbald nach der Eröffnung an das Nachlaßgericht abgeben wird, und welches dieses Gericht ist (§ 248 d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Ferner soll der Notar bei der Eröffnung, oder wenn sonst im Laufe der Verhandlungen Gelegenheit hierzu besteht, den anwesenden erbschaftssteuerpflichtigen Personen eine Anleitung zur Steuerfallsanmeldung aushändigen (Bek. v. 19. Dezember 1902, den Vollzug des Gesetzes über die Erbschaftssteuer betr., JMBl. 1903/228).

Erscheint in dem zur Eröffnung festgesetzten Termine kein Beteiligter, so ist das Testament, nachdem festgestellt ist, inwieweit der Verschluß unversehrt ist, zu öffnen und über den Hergang ein Protokoll aufzunehmen. Es hat zu enthalten:

1. die Feststellung, daß niemand erschienen ist;
2. eine Beschreibung des Herganges der Eröffnung;
3. die Angabe, daß der Verschluß unversehrt war oder welche Verletzungen des Verschlusses wahrgenommen worden sind;
4. sofern das Testament besondere Auffälligkeiten, z. B. Ausstreichungen, Ueberschreibungen, Ausschabungen, Randbemerkungen enhält, deren kurze Angabe (§ 33 d. Bek. v. 20. März 1903).

Verfahren nach Eröffnung.

Nach der Abhaltung des Eröffnungstermines hat der Notar die Urschrift der Verfügung von Todes wegen, sowie eine beglaubigte Abschrift des Eröffnungsprotokolls dem Nachlaßgerichte zu übersenden, von der Urschrift der Verfügung von Todes wegen jedoch vorher eine beglaubigte Abschrift anzufertigen.

Die Urschrift des Eröffnungsprotokolls hat der Notar samt der beglaubigten Abschrift der letzt-

willigen Verfügung und der ihm vom Nachlaßgerichte zukommenden Empfangsbestätigung in der allgemeinen Urkundensammlung zu verwahren (§ 251 d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge.

Bei der Eröffnung von gemeinschaftlichen Testamenten und zweiseitigen Erbverträgen darf der Notar die Verfügungen des Ueberlebenden, soweit sie sich sondern lassen, weder verkünden, noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten bringen.

Nach der Eröffnung eines solchen Testamentes oder Erbvertrages hat der Notar von den Verfügungen des verstorbenen Erblassers eine beglaubigte Abschrift zu fertigen und dem Eröffnungsprotokolle beizufügen, sofern diese Verfügung nicht schon wörtlich im Eröffnungsprotokoll aufgeführt ist.

Das Testament oder der Erbvertrag ist sodann wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zu übernehmen (§ 249 d. Bek. v. 5. Juli 1903).

In dem Protokoll über die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes oder Erbvertrages ist stets anzugeben, ob ein Teil und welcher Teil der Verfügung geheim gehalten, ferner ob das Testament wieder verschlossen und in die besondere amtliche Verwahrung übernommen worden ist.

Kann die Verschließung und die Uebernahme in die amtliche Verwahrung nicht im Eröffnungstermine selbst erfolgen, so ist über sie in einem Nachtrage zum Eröffnungsprotokolle eine kurze Feststellung zu machen; der Nachtrag wird vom Notar allein von Amts wegen errichtet (§ 250 d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Da die Urschrift des gemeinsamen Testamentes oder des Erbvertrages dem Nachlaßgerichte nicht ausgehändigt werden kann, sondern in amtliche Verwahrung zu nehmen ist, so hat der Notar dem Nachlaßgerichte mit der beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls auch die beglaubigte Abschrift der Verfügungen des verstorbenen Erblassers zu übermitteln. Wurde, wie oben erwähnt, die Verschließung und Uebernahme in einem Nachtrage zum Eröffnungsprotokolle festgestellt, so ist auch beglaubigte Abschrift dieses Nachtrages an das Nachlaßgericht zu übersenden (§ 251 III d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Allgemein ist zu den Bestimmungen über die Eröffnung letztwilliger Verfügungen durch den Notar noch zu bemerken:

Die Protokolle über die Eröffnung von Testamenten sind im Geschäfts- und Testamentsregister nicht unter eigener Nummer vorzutragen, sondern lediglich bei dem Eintrage über die Errichtung oder Uebergabe der letztwilligen Verfügung zu vermerken (§ 45 III d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Die Mitteilungen an die Beteiligten, die zur Eröffnung nicht erschienen waren, erfolgen nicht durch den Notar, sondern stets durch das Nachlaßgericht (§ 251 IV d. Bekanntm. v. 5. Juli 1903).

Widerrufene und ungültige Testamente.

Die Eröffnung eines Testaments darf nicht deshalb unterbleiben, weil es mit einem formellen oder materiellen Mangel behaftet ist, sofern es sich nur äußerlich als ein Testament darstellt. Insbesondere muß ein vor dem Gemeindevorsteher errichtetes Testament auch dann eröffnet werden, wenn der Erblasser die in § 2252 Abs. I BGB. bestimmte dreimonatige Frist überlebt hat (§ 35 d. Bek. v. 20. März 1903 mit § 247 d. Bek. v. 5. Juli 1903).

Testamente, deren ganzer Inhalt gültig widerrufen ist, werden nur eröffnet, sofern ein Beteiligter die Eröffnung beantragt. Wird ein diesbezüglicher Antrag nicht gestellt, so dürfte mit dem Testamente ebenso zu verfahren sein, wie mit jenen letztwilligen Verfügungen, die sich schon länger als 54 Jahre in Verwahrung befinden, d. h. das Testament ist an das Amtsgericht des Amtssitzes abzuliefern.

Ist nur eine einzelne, im Testamente enthaltene Verfügung widerrufen, so wird dadurch die Notwendigkeit der Eröffnung nicht berührt.

Ist ein Testament durch ein späteres Testament nicht förmlich widerrufen, sondern dadurch aufgehoben, daß das Testament mit ihm in Widerspruch steht — § 2258 BGB. — so werden beide Testamente eröffnet. In diesem Falle gelangt die Gebühr nur einmal zur Erhebung (§ 36 I, IV d. Bek. v. 20. März 1903).

Gebühren für das Eröffnungsverfahren.

A. Die Staatsgebühr

beträgt eins vom Tausend der Gegenstandssumme, über die verfügt ist. Schulden werden bei Berechnung der Aktivmasse in Abzug gebracht. Bei Testamenten und Erbverträgen, für welche bei ihrer Errichtung eine Gebühr von 10 Mk. erhoben worden ist, kommt die oben genannte Gebühr nur insoweit zur Erhebung, als sie den Betrag von 7 Mk. übersteigt. Bei Erbverträgen, welche bei ihrer Errichtung mit der verhältnismäßigen Gebühr belegt worden sind, wird letztere Gebühr, soweit sie den Betrag von 3 Mk. übersteigt, auf die Gebühr zu eins vom Tausend angerechnet (Art. 166 mit 111 GebG.).

Die Einhebung der Staatsgebühr obliegt dem Notar. Ist bei der Eröffnung kein Beteiligter erschienen, oder verweigern die Beteiligten die Angaben über den Wert des Nachlasses, oder erachtet der Notar diese Angaben als unrichtig, so hat er von der Erhebung der Gebühr Umgang zu nehmen und hiervon bei der Uebersendung der

Akten an das Nachlaßgericht diesem Mitteilung zu machen. Das Nachlaßgericht stellt dann den Gegenstandswert fest. Die Erhebung der Staatsgebühr erfolgt in diesem Falle durch den Gerichtsschreiber. Dagegen wird die Notariatsgebühr auch in diesem Falle vom Notar erhoben (Bek. v. 6. Dezember 1900 betr. die Erhebung der Gebühren für die von den Notaren vorgenommenen Eröffnungen von Verfügungen von Todes wegen, JMBl. 1900/1156).

B. Notariatsgebühren.

Die Notariatsgebühr beträgt 3 Mk. 50 Pf. Sie umfaßt die Vergütung für die Vorbereitung und Anberaumung des Termines, die Ladungen, Eröffnungsverhandlungen und das darüber aufgenommene Protokoll.

Sind gleichzeitig mehrere Verfügungen desselben Erblassers von demselben Notar zu eröffnen, so steht die Gebühr nur einmal zu. Für die Abgabe der Akten an das Nachlaßgericht erhält der Notar keine Gebühr. Schreibgebühr erhält der Notar für die Abschrift der Verfügung von Todes wegen, wenn eine solche Abschrift vorschriftsgemäß zurückzubehalten war. Letzteres ist der Fall bezüglich der einseitigen Testamente (Art. 58 der Allerh. VO. v. 4. Juli 1903, die Revision der NotGebO. betr., JMBl. 1903/337).

Die Fassung des Art. 58 ergibt, daß dem Notar in den Fällen, in welchen er die Urschrift der Verfügung behält, und Abschriften an das Nachlaßgericht sendet, z. B. bei Erbverträgen, gemeinschaftlichen Testamenten, für diese Abschriften eine Schreibgebühr nicht erheben darf.

Auslagen, wie Porto für Zustellungen bei Testamentseröffnungen darf der Notar nur verrechnen, wenn die Zustellungen nicht in den Formen der ZPO., sondern etwa in der Form eingeschriebener oder uneingeschriebener Briefe erfolgen. Diese letzteren Kosten sind dann als Nachlaßkosten von den Beteiligten zu tragen. Erfolgen dagegen die Zustellungen in der Form der ZPO., so darf der Notar hierauf erwachsene Barauslagen nicht erheben, sondern muß sie selbst tragen (Art. 39 GebG. mit § 80b d. GKG., JME. v. 10. März 1901, Nr. 8987 die Portoauslagen der Notare betr., NotZ. 1905/199).

Da § 80 b d. GKG., dessen Bestimmung auch auf die Tätigkeit der Notare in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung findet — Art. 39 d. GebG. — den Ersatz der Auslagen nur insoweit ausschließt, als sie für Zustellungen von Amts wegen erwachsen, sind Barauslagen, die aus anderen Gründen entstehen, dem Notar von den Beteiligten zu erstatten; diese Auslagen haben als Nachlaßkosten zu gelten.

Mitteilungen aus der Praxis.

Kann der Gläubiger seine eigenen im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen pfänden? Sind gegen die Pfändung Einwendungen des Schuldners nach § 766 ZPO. zulässig? Diese Fragen drängen sich bei der Betrachtung des folgenden praktischen Falles auf. A. hatte dem B. eine Geschäftseinrichtung verkauft und sich das Eigentum daran bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten. Der Kaufpreis sollte in vier Raten gezahlt werden. B. geriet in Rückstand. A. erwirkte am 4. März 1906 Versäumnisurteil gegen B. auf Zahlung von 330 Mk. Später klagte er gegen B. auf Herausgabe der verkauften noch ihm (A.) gehörenden Sachen, führte aber die Klage nicht durch. Am 18. Oktober 1906 ließ er durch den Gerichtsvollzieher auf Grund des vollstreckbar ausgefertigten Versäumnisurteils vom 4. März 1905 alle dem Schuldner verkauften Mobilien pfänden.

Ist diese Pfändung zulässig und wirksam? Man wird die Frage verneinen und dem Schuldner Einwendungen nach § 766 ZPO. zugestehen müssen.

Das Eigentum an den gepfändeten Sachen steht dem Gläubiger zu. Die Pfändung müßte also, wenn sie zulässig wäre, zur Entstehung eines Pfandrechts an den eigenen Sachen des Gläubigers führen. Die Begründung eines Eigentümerpfandrechts an beweglichen Sachen ist aber nicht nur nach bürgerlichem Rechte (vgl. § 1256 BGB. und Staudinger-Kober Bem. 1 dazu), sondern auch nach Prozeßrecht ausgeschlossen. „Nach dem Begriffe der Zwangsvollstreckung als Anwendung staatlichen Zwangs, um das durch das Urteil Zuerkannte tatsächlich zu erlangen, kann es bei Verurteilung zu einer Geldleistung nur eine Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners, nicht auch in das Vermögen des Gläubigers geben" (Seuff. Arch. Bd. 58 S. 126; vgl. auch Gaupp-Stein Bem. I N. 8 zu § 808 ZPO., Neumiller zu § 804 ZPO.).

Wenn auch der Schuldner Einwendungen aus dem Rechte eines Dritten regelmäßig nicht herleiten kann, und es deshalb bei der Pfändung fremder Sachen, deren Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners für den Gerichtsvollzieher nicht von vorneherein offenliegt, dem Eigentümer überlassen bleibt, sein Recht nach § 771 ZPO. geltend zu machen, so ist doch in dem hier erörterten Fall dem Schuldner eine Einwendung nach § 766 ZPO. nicht zu versagen. Denn hier handelt es sich nicht um eine aus dem Recht eines Dritten hergeleitete Einwendung, sondern um die rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner selbst. Auch ist ein Pfändungs-Pfandrecht des Gläubigers an einer ihm selbst gehörenden Sache begrifflich ausgeschlossen, während ein Pfandrecht des Gläubigers für seine Forderung gegen den Schuldner an der Sache eines Dritten sehr wohl denkbar ist und nur nicht zwangsweise ohne Zustimmung des Dritten begründet werden kann. Im letzteren Falle kommt es natürlich nur darauf an, wie sich der Dritte — der wirkliche Eigentümer — zur Pfändung verhält; im ersteren Falle aber, in dem Gläubiger und Eigentümer identisch sind und deshalb eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. tatsächlich und rechtlich unmöglich ist, muß auch dem Schuldner eine Einwendung gestattet werden, wenn nicht das Vorgehen des Gläubigers trotz seiner Unzulässigkeit unanfechtbar sein soll.

Der Schuldner aber kann an der Aufhebung der Pfändung — schon wegen der Kosten — ein berechtigtes Interesse haben. Hier, wo es sich um ein Abzahlungsgeschäft mit Eigentumsvorbehalt handelt, ergibt sich dieses Interesse vor allem aus dem durch die §§ 1, 3, 5 des RG. vom 16. Mai 1894 gewährleisteten Rechte des Schuldners (Käufers), bei Rückgabe der gekauften Sache auch seine Teilzahlungen zurückzuverlangen, soweit sie die nach § 2 a. a. O. zu leistende Entschädigung übersteigen. Dieses Recht könnte durch die vom Gläubiger bewirkte Pfändung vereitelt werden.

Amtsrichter Roiger in München.

Das Kündigungsrecht des § 570 BGB. steht nur demjenigen zu, welcher Militärperson, Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt war, als er mietete.

I.

In § 570 BGB. heißt es: „Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte das Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Diese Vorschrift scheint bis unlängst nur so ausgelegt worden zu sein, wie es in der Ueberschrift gegenwärtiger Zeilen geschehen; wenigstens führt Reichsgerichtsrat a. D. v. Lippmann in DJZ. von 1906 S. 729 ff., sowie in SeuffBl. von 1906 S. 565 ff., obwohl er der Vorschrift den gegenteiligen Sinn beilegt, hinsichtlich ihrer als Schriftsteller nur solche auf, welche mit der Ueberschrift dieser Zeilen übereinstimmen: so Soergel, Rechtsprechung von 1904 S. 126; Staudinger, B. 2 S. 299 (Aufl. 2); Cosack, B. 1 S. 489 Anm. 4d (Aufl. 2); Mittelstein, Die Miete S. 240; Goldmann-Lilienthal, B. 1 S. 580 Anm. 24; Niendorf, Mietrecht S. 303 (Aufl. 7); Dernburg, BGB. B. 2 S. 217 (Aufl. 3). Und auch das von v. Lippmann angeführte Reichsgerichtserkenntnis vom 29. Oktober 1903 stimmt, so wenig er dies zugeben will, mit der Ueberschrift dieser Zeilen; es entscheidet allerdings nur, daß die Rechtsnorm des § 1579 Abs. 1 Satz 2 die aus einem Vertrage entspringende Unterhaltspflicht nicht aufhebe, spricht dabei aber aus, daß § 1579 dies ebensowenig tue, „wie dies bei einem Mietverhältnis § 570 in Ansehung einer vertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfrist tue, wenn nachträglich der Mieter in den Stand als Militärperson, Beamter, Geistlicher eintrete".

Am 2. Juli 1906 aber entschied das Kammergericht in dem der Ueberschrift dieser Zeilen entgegengesetzten Sinn, und v. Lippmann, welcher diese Entscheidung nebst Gründen in SeuffBl. von 1906 S. 571 ff. mitteilt, ist hier wie in der DJZ. S. 734 Entscheidung und Gründen beigetreten, die letzteren verstärkend.

II.

Kammergericht und v. Lippmann haben wohl darin recht, daß was bisher vorgebracht ist, den Satz der Ueberschrift dieser Zeilen zu begründen, dazu keineswegs genügt. Denn Niendorfs Grund, daß ein neu ernannter Beamter, welcher infolge seiner Ernennung an einen anderen Ort zieht, nicht eigentlich „versetzt" wird, ist doch mehr als formal und trifft außerdem den Fall nicht, daß ein Nicht-Beamter sich eine Wohnung mietet und während der Mietzeit erst am Ort ein Amt erhält und sodann später versetzt wird. Wenn aber Goldmann und Lilienthal demjenigen, welcher an einen Nicht-Beamten vermietete, nicht zugemutet wissen wollen, von diesem die Härte eines Beamten-Vorrechts sich gefallen zu lassen, so bringen sie wohl nur einen Billigkeitsgrund, keinen Rechtsgrund vor; und Gleiches möchte gelten, wenn Dernburg die Gefahr einer durch Versetzung begründeten vorzeitigen Miets-Kündigung als ausgeglichen angesehen will durch den bei Vermietung an einen Beamten sicher zu erwartenden Vorteil pünktlicher Zahlung der Miete.

Kammergericht und v. Lippmann haben sicher auch darin Recht, daß ihre Auffassung des § 570 mit dessen Wortlaut und Zweck stimmt; nur stimmt auch die gegenteilige Auffassung mit Wortlaut wie mit Zweck des § 570 und zwar mit dem Zweck, auch wenn dieser nicht, wie jene angeben, lediglich Erleichterung der Beamten-Laufbahn, sondern — daneben oder allein — Verminderung von Unkosten des Staates und anderer öffentlicher Verbände ist.

Nicht Recht aber haben Kammergericht und von Lippmann in der Behauptung, daß die Entstehungsgeschichte des § 570 zu ihrer Ansicht führe. Als Wurzel des § 570 ist von ihnen bloßgelegt AllgPreußLR. I 21 § 376, lautend: „Wird der Mieter durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen außer Stand gesetzt, von der gemieteten unbeweglichen Sache Gebrauch zu machen, so kann er gegen Vergütung einer halbjährigen Miete vor dem Ablaufe des Quartals, in welchem die Aufkündigung erfolgt ist, von dem Kontrakte abgehen." Mit Suarez, dem Vater des PreußAllgLR, sehen Kammergericht und v. Lippmann zweifellos richtigerweise in jenem § 376 eine Anwendung der im achtzehnten Jahrhundert und noch darüber hinaus herrschenden Lehre von der Clausula rebus sic stantibus. Nach dieser Lehre erwächst aber eine Befugnis zum Rücktritt nicht durch irgend ein beliebiges Ereignis, welches für eine Partei den Vertrag nachteilig werden läßt, sondern nur durch ein solchergestalt nachteiliges Ereignis, das eine Abänderung der für den Vertrag, sei es durch Uebereinkunft, sei es kraft ergänzender Gesetzesbestimmung maßgebenden Umstände herbeiführt. Ist nun § 570 Rest einer der Lehre von der Clausula rebus sic stantibus entnommenen ergänzenden Gesetzesbestimmung, so muß dessen Anwendung im einzelnen Fall zuwider der Ansicht des Kammergerichts und v. Lippmanns ihren Grund haben im Mietvertrage dieses einzelnen Falles. Das die Mietverträge ergänzende Recht des BGB. kann der Regel nach wegbedungen werden; Ausnahmen sind nur geordnet für das auf ungesunde Wohnungen bezügliche Recht des § 544 durch diesen § 544 selbst und für das auf Anspruchs-Verjährung bezügliche Recht des § 558 durch § 225. Wenn aber das Recht des § 570 wegbedungen werden kann, so ist klar, daß als Vermieter des § 570 nur jemand gedacht ward, der um die Beamten-Eigenschaft des Mieters wußte; daß also § 570 ergänzendes Recht nur ist für einen Mietvertrag mit einem Beamten. Die Möglichkeit, daß ein mietender Nicht-Beamter Beamter wird, ist doch nicht zu den Umständen zu rechnen, welche den Erwägungen von

Mietkontrahenten unterliegen müßten oder auch nur *leicht* unterliegen könnten.

Für die hier geltend gemachte Auffassung des § 570 spricht außerdem, daß er ein Sondergesetz und zwar ein außerordentliches darstellt, und daß bei Sondergesetzen anerkanntermaßen von zwei möglichen Auffassungen die engere vorzuziehen ist.

Oberlandesgerichtsrat a. D. **Francke** in Hannover.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu § 833 BGB. und § 304 ZPO. In der vom RG. (VII ZS.) mit Urteil vom 29. Mai 1905[1]) zurückgewiesenen Sache ist vor dem Berufungsgerichte neue Verhandlung gepflogen worden; der Kläger hat hierbei die geforderten Beträge angegeben, der Beklagte sie als übersetzt bezeichnet. Das vom Berufungsgerichte nach Erhebung weiteren Beweises erlassene Urteil gelangte zu demselben Ergebnisse wie das frühere: Zurückweisung der Berufung des beklagten Tierhalters und Verurteilung des Tierhalters zum Ersatze des ganzen Schadens an den klagenden Hufschmied. Die auf Abweisung der Entschädigungsklage abzielende Revision wurde vom RG. (IV. ZS.) mit Urteil vom 28. Juni 1906 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das BG. hat den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, und zwar in erster Linie, weil es sich um einen Schaden handle, für den der Beklagte als Tierhalter nach § 833 BGB. hafte. Hierbei geht es davon aus, daß zwischen den Parteien ein Werkvertrag über das Beschlagen des Pferdes zustande gekommen sei; es verneint aber die Frage, ob der Kläger als Hufschmied die mit dem Hufbeschlag verbundene Gefahr vertragsmäßig übernommen habe. Dagegen wird aus dem Vertrag die Folgerung gezogen, daß der Kläger dem Tierhalter den Nachweis zu führen habe, daß er bei Ausführung des Vertrags die erforderliche Sorgfalt angewendet habe. Auf Grund des Beweisergebnisses hält das BG. diesen Beweis für erbracht und nimmt an, daß ein schuldhaftes Verhalten des Klägers im Sinne des § 254 BGB. nicht mitgewirkt habe. Der auf Verletzung von §§ 833, 254 BGB. gestützten Revision war der Erfolg zu versagen. Der von der Revision aufgestellte Satz, daß derjenige, welcher die Verrichtung an einem Tiere vertraglich übernimmt, stets auch die damit unzertrennlich verbundenen Gefahren übernehme, sofern er die Uebernahme nicht ausschließe, kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Es kommt vielmehr auf die Art und den Inhalt des Vertrages und die bei dem Vertragszwecke maßgebenden Umstände an. So ist hinsichtlich des Dienstvertrages zwischen dem Tierhalter und dem Kutscher anerkannt worden, daß von einer vertragsmäßigen Uebernahme der Gefahr des tierischen Verhaltens des Pferdes durch den Kutscher während seiner Tätigkeit an dem Pferde nicht die Rede sein könne (Urt. 8. Mai 1905, VI 394/04, JW. 1905 S. 392[10]). Die Erwägungen, die bei den Verträgen des Tierhalters mit dem Trainer und dem Zureiter zur Annahme der Gefahrübernahme geführt haben (RGZ. Bd. 58 S. 410, JW. 1905 S. 143[22]) treffen bei dem Hufschmied nicht zu, der es übernimmt, ein ihm zugeführtes Pferd im Beisein des Tierhalters zu beschlagen. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß es das BG. abgelehnt hat, nur aus der Tatsache des Abschlusses des Werkvertrages zwischen den Parteien ohne weiteres die weitgehende Folgerung der Gefahrübernahme zu ziehen. Im übrigen hat es bedenkenfrei festgestellt, daß eine ausdrückliche Gefahrübernahme durch den Kläger nicht stattgefunden hat und daß eine für eine stillschweigende Uebernahme sprechende Verkehrssitte in der Heimat der Parteien nicht besteht.

Mit Unrecht bekämpft die Revision die Annahme des BG., daß der Kläger den ihm obliegenden Belastungsbeweis geführt habe. (Wird weiter ausgeführt). L — — — r.

667

[1]) Siehe dieses Urteil in Bd. 1 S. 389 dieser Zeitschrift. (Der von dem zu beschlagenden Pferde beschädigte Hufschmied klagt gegen den Tierhalter auf Schadensersatz).

II.

§ 771 ZPO. Ein die Veräußerung hinderndes Recht an einem Patentrechte. Tatbestand: In der Zwangsvollstreckungssache des Beklagten als Gläubigers gegen den Ingenieur D. als Schuldner ist durch Beschlüsse des Amtsgerichts J. vom 27. Oktober 1903 und 7. Januar 1904 u. a. das dem Schuldner gehörige „Patent" gepfändet worden. An diesem Patente nimmt die Klägerin unter Widerspruch des Beklagten ein der Pfändung entgegenstehendes Recht in Anspruch, das sie darauf stützt, daß 1. ihr das Patent von Anfang an zugestanden habe, weil die Erfindung von ihren Angestellten in ihrer Fabrik und mit den Mitteln ihres Betriebes gemacht und nur — mit ihrer Einwilligung — von D. auf seinen Namen angemeldet worden sei, 2. daß ihr D. das Recht aus dem Patente nach der Erteilung übertragen und 3. daß er ihr daran eine dauernde Lizenz eingeräumt habe, beides vor der Pfändung. Die Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, das Patent aus der Pfändung zu entlassen, event. die Pfändung auf die Rechte aus und an dem Patente zu beschränken, welche nicht der Klägerin abgetreten seien, ist von dem Landgerichte abgewiesen worden. Berufung und Revision hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Es kann dahin gestellt bleiben, ob aus dem Satze, daß der materielle Uebergang des Patentrechts sich außerhalb der Patentrolle vollzieht und nicht an die Eintragung in diese Rolle gebunden ist, sich für den materiell Berechtigten die Befugnis ergeben würde, der gegenüber dem eingetragenen Inhaber bewirkten Pfändung des Patents auf Grund des § 771 der ZPO. zu widersprechen. Ob die Klägerin die Erfindung für sich beanspruchen durfte und daher das Patent auf ihren Namen hätte anmelden können, hat für sich allein keine Bedeutung, da die Anmeldung nicht von ihr, sondern von D. für sich selber bewirkt worden ist. Aus dieser Anmeldung hatte, da der Ausnahmefall des § 3 Abs. 2 des PatentG. unstreitig nicht gegeben war, D., und nur er, den Anspruch auf Erteilung des Patentes. Um die von der Revision verteidigte Auffassung zu rechtfertigen, daß D. nur Treuhänder für die Klägerin, diese aber in Wirklichkeit die Patentberechtigte sein sollte, hätte es daher in irgendeiner Form der Uebertragung auf die Klägerin bedurft, sei es schon des Rechts aus der Anmeldung, sei es später des bereits erteilten Patents. Das Berufungsgericht beurteilt das Vorbringen der Klägerinnen, insbesondere die vom Zeugen D. bekundeten Vorgänge dahin, daß eine Uebertragung nicht stattgefunden habe. Ein Rechtsirrtum ist in dieser Beurteilung nicht zu finden (Urt. v. 23. VI. 06 I 67/06).

656 Kr.

III.

Zu § 123 BGB. (Drohung mit Strafanzeige; Drohungen einer Person, die nicht Empfänger der erzwungenen Willenserklärung ist). Der bei der Klägerin als

Buchhalter angestellte J., Bruder des Beklagten, hatte der Klägerin etwa 10 000 Mk. unterschlagen. Nachdem die unterschlagene Summe zunächst auf 2600—2700 Mk. festgestellt worden war, wurde J. von dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates der Klägerin am nächsten Tage aufgefordert, bis Abends 8 Uhr die Summe zu decken oder einen Wechsel mit sicheren Bürgen zu beschaffen, widrigenfalls Anzeige bei der Staatsanwaltschaft erstattet werden würde. Im Laufe desselben Tages erschien bei der Klägerin der Beklagte, dem eröffnet wurde, daß man der Staatsanwaltschaft Mitteilung von den Verfehlungen des J. machen würde, wenn er nicht einen Wechsel über 3000 Mk. unterzeichnen und der Klägerin ausliefern würde. Hierzu verstand sich der Beklagte, wogegen die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Klägerin sich verpflichteten, die Unterschlagungen geheim zu halten und den J. nicht zur Anzeige zu bringen. Infolge eines Vermerks in der Zeitung wurde aber die strafrechtliche Verfolgung gegen J. eingeleitet, die mit dessen Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe endete. Der Beklagte verweigerte die Einlösung des von ihm der Klägerin ausgestellten Wechsels, weil deren Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder die Angelegenheit nicht genügend geheim gehalten, weil er ferner nur dann wechselmäßig verpflichtet gewesen, wenn keine strafgerichtliche Verfolgung eingetreten wäre. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen, weil es für festgestellt erachtet 1. daß der Beklagte zur Abgabe der wechselmäßigen Verpflichtung widerrechtlich durch Drohung (§ 123 BGB.) bestimmt worden sei, 2. daß die Klägerin sich für die Nichtausübung einer ihr an sich zustehenden Befugnis zur Strafanzeige von einer dritten völlig unbeteiligten Person wirtschaftliche Vorteile habe zusichern lassen, und diese gegen den § 138 BGB. verstoßende Handlungsweise das gesamte Rechtsgeschäft nichtig mache, 3. daß der von dem Beklagten bei der Uebernahme seine Verbindlichkeit bezweckte Erfolg, den J. von der Bestrafung zu befreien, vereitelt sei, und er der (Beklagte) daher gemäß § 812 BGB. die Erfüllung der gegen ihn erhobenen Wechselansprüche verweigern dürfe.

Aus den Gründen: Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß in der Eröffnung, J. werde der Staatsanwaltschaft übergeben werden, eine Drohung im Sinne des § 123 BGB. liegt, durch die der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung, nämlich zur Ausstellung eines Wechsels, widerrechtlich bestimmt wurde, ist nicht zu beanstanden. Denn es ist durch ein unzulässiges Mittel bewußterweise auf die Freiheit des Entschlusses bei dem Beklagten eingewirkt worden. Waren auch die Vorstandsmitglieder der Klägerin, welche an den Verhandlungen teilnahmen, an sich befugt, der Staatsanwaltschaft Anzeige zu machen, so mißbrauchten sie diese Befugnis und handelten widerrechtlich, wenn sie durch Drohung mit der Strafanzeige den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmten, auf die die Klägerin keinen Anspruch hatte. Auch die von dem Oberlandesgericht gebrauchte Wendung: „für die Anwendbarkeit des § 123 des BGB. kommt es nicht darauf an, von wem die Drohung verübt ist," läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie besagt nach dem Zusammenhange der Entscheidungsgründe nur, daß die Drohung nicht von dem Empfänger der Willenserklärung auszugehen brauche. Dies entspricht der richtigen Auslegung des § 123 des BGB. (Urteil vom 9. Juni 1906 I 86/06). Kr.

689

IV.

Haftung des Bankiers aus der Empfehlung von Wertpapieren zur Kapitalsanlage. (Empfehlung nicht mündelsicherer Papiere an Stelle mündelsicherer). Der Kläger beauftragte die Beklagte, mit der er schon längere Zeit in Geschäftsverbindung gestanden hatte, am 10. Oktober 1900 30 000 M. 4%ige Sch.sche Pfandbriefe für ihn zu kaufen. Nach Empfang der brieflichen Order schlug die Beklagte dem Kläger durch Fernsprecher vor, statt Sch.scher P.sche Pfandbriefe zu kaufen, weil diese „mindestens so gut wie Sch.sche, ja noch besser seien, da sie später ausgelost würden, und der Kurs derselbe sei." Der Kläger erklärte sich mit dem Vorschlage einverstanden, und die Beklagte kaufte demgemäß am 11. Oktober 4%ige Pfandbriefe der P.schen Hypotheken-Aktienbank in B. Noch im Laufe des Winters von 1900 auf 1901 begann der Kurs der P.schen Pfandbriefe stark zu weichen und es erfolgte alsdann der Zusammenbruch der Aktienbank. Der Kläger stellte der Beklagten mit Brief vom 28. September 1901 die „gegen seine Order" gekauften Pfandbriefe zur Verfügung und forderte sie auf, ihm dagegen 4%ige Sch.sche Pfandbriefe anzuschaffen. Da die Beklagte der Aufforderung nicht entsprach, verkaufte er im Januar 1903 die P.schen Pfandbriefe. Auf Ersatz des Schadens, der ihm durch deren Anschaffung und Verkauf erwachsen sei, hat er sodann Klage erhoben, indem er geltend machte, die Beklagte habe durch die Erteilung des Rates zum Ankaufe der P.schen Pfandbriefe ihre Pflichten als Bankier fahrlässig verletzt. Das Oberlandesgericht hat den Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte bei dem Rate, den sie dem Kläger gab, die Sorgfalt eines ordentlichen Bankiers nicht angewandt habe und dem Kläger daher zum Schadensersatze verpflichtet sei. Den entscheidenden Umstand für die Fahrlässigkeit der Beklagten erblickt das Gericht darin, das die Sch.schen Pfandbriefe, die der Kläger kaufen wollte, als mündelsichere Anlage zugelassen sind, während dies bei den P.schen Pfandbriefen, die die Beklagte dem Kläger als mindestens ebensogut empfahl, nicht der Fall war. Das Berufungsgericht sagt: der Kläger habe durch die Wahl der Sch.schen Pfandbriefe, auf die sein ursprünglicher Auftrag ging, zu erkennen gegeben, daß er die denkbar sicherste Anlage wünschte, und es erwähnt an anderer Stelle, daß der Kläger den Ankauf eines stets von dem allgemeinen Vertrauen getragen gewesenen mündelsicheren Papiers aufgetragen habe. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß der Kläger die Anschaffung nicht mündelsicherer Papiere abgelehnt haben würde, zumal wenn er sie ebenso teuer bezahlen mußte, wie die mündelsicheren. Daß damit strenge Anforderungen gestellt werden für das Maß von Sorgfalt, das der Bankier bei Beratung seines Kunden aufwenden muß, soll nicht verkannt werden. Es ist dies aber aus zwei Gründen gerechtfertigt. Wie das Berufungsgericht hervorhebt, hat die Beklagte dem Kläger ihren Rat aufgedrängt. Zweitens steht fest, daß die Beklagte für den Absatz der empfohlenen Pfandbriefe von der P.schen Hypotheken-Aktienbank eine besondere Vergütung von 1⅛% bezog, die sie nicht verdiente, wenn es bei dem Ankaufe der Sch.schen Pfandbriefe blieb. Beide Umstände hätten die Beklagte veranlassen müssen, mit besonderer Sorgfalt die Eigenschaften beider Gattungen zu prüfen, ehe sie sie dem Kunden als gleichwertig hinstellte. (Urt. vom 13. Juni 1906, I 573/05). Kr.

687

B. Strafsachen.

I.

Wer Gas verbraucht, das er durch eine Vorrichtung (Schlauch) aus dem Rohre vor der Gasuhr abgeleitet und durch die Vorrichtung dem Rohre hinter der Gasuhr wieder zugeleitet hat, sodaß die Gasuhr den Verbrauch dieses Gases nicht anzeigt, begeht einen Diebstahl, keinen Betrug. Aus den Gründen:

Die Ableitung von Gas kann Diebstahl sein. Darin, daß das Gas anstatt durch die Gasuhr unmittelbar dem Brennofen zugeführt wurde, ist zutreffend das Merkmal der Wegnahme und Aneignung gefunden worden. Zur Annahme eines Betrugs würde der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Vermögensdisposition des Geschädigten — städtische Gasanstalt — fehlen, denn für die Entziehung des Gases, der fremden Sache, waren die Vorrichtungen des Angeklagten, die Schlauchverbindungen in erster Reihe, kausal und nicht die Täuschung des Gaskontrolleurs, der nur monatlich an bestimmten Tagen revidiert. Bis dahin hatte sich die Wegnahme einer Quantität Gas jeweils schon vollzogen; für diesen Teil des Gases war also Wegnahme und Aneignung schon bewirkt, die Täuschung des Kontrolleurs folgte nach, war also nicht kausal und nach Weggang des letzteren vollzogen sich diese Tatbestandsmomente wiederum, wie vorher, durch die Handlungen des Angeklagten im gleichen kausalen Verlaufe. Es ist deshalb ein fortgesetztes Vergehen des Diebstahls gegeben. (Urt. vom 26. Oktober 1906, 5 D 436/06). H.

697

II.

Urkunde oder Unterscheidungsmerkmal? (§§ 267, 274 Nr. 1 StGB.) Der Verein zur Besserung der Strafgefangenen zu B. hatte dem Angeklagten, um ihm den Antritt eines außerhalb B. liegenden Dienstverhältnisses zu ermöglichen, eine Eisenbahnfahrkarte nach dem Bestimmungsort gelöst und auf sie (wie stets in solchen Fällen) vor der Aushändigung an ihn den Vereinsstempel gedrückt. Der Angeklagte wurde von einem Angestellten des Vereins zu dem Zuge begleitet. Nachdem sich dieser entfernt hatte, radierte der Angeklagte den Vereinsstempel weg und entfernte sich unter Vorzeigung der Karte durch die Perronsperre, da er den Dienst nicht antreten wollte.

Aus den Gründen: Der Vorderrichter hat ausdrücklich erklärt, nicht feststellen zu können, daß der Angeklagte die Fahrkarte nach der Entfernung des Stempels am Schalter zwecks Rückempfang des Fahrpreises habe zurückgeben wollen. Damit ist das zum Betrug erforderliche Merkmal der Bereicherungsabsicht verneint. Aber auch der Tatbestand des § 267 StGB. ist nicht gegeben. Ob in dem Wegradieren des Stempels die Fälschung einer Urkunde enthalten ist, oder ob nicht nur der Tatbestand des § 274 Nr. 1 StGB. in Frage käme, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ist die Annahme des Vorderrichters, daß der beseitigte Vereinsstempel keine zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erhebliche Privaturkunde sei, nicht zu beanstanden. Mit Recht weist der Vorderrichter darauf hin, daß dieser Stempel unter den obwaltenden Umständen nur ein Unterscheidungsmerkmal sei und die Rechte des Besitzers der Fahrkarte an ihr nicht beeinflusse. Denn die Bahnbeamten wären, wie er feststellt, nicht befugt gewesen, dem Angeklagten auf Grund des Stempels den Austritt aus dem Bahnsteige zu verwehren. Es fehlt demnach dem einen selbständigen Gedankeninhalt nicht besitzenden Vereinsstempel jede Beweiserheblichkeit für ein Recht oder Rechtsverhältnis. Anders könnte die Sache liegen, wenn die Stempelung der Fahrkarte auf Grund einer Vereinbarung des Vereins mit der Eisenbahnbehörde erfolgte, um die jedem Besitzer einer Fahrkarte aus ihr zustehenden Rechte zu beschränken. Nach den Vorschriften der Eisenbahn-Verkehrsordnung werden Fahrkarten an den Ausgabestellen unter den daselbst näher angegebenen Bedingungen gegen Rückzahlung des Fahrpreises zurückgenommen. Würde nun der vom Verein auf die Fahrkarte gesetzte Stempel auf Grund jener Vereinbarung die Wirkung haben, daß die Beamten der Ausgabestellen den Umtausch der gestempelten Fahrkarte ablehnten, daß also der Stempel der Fahrkarte diese Verwertungsmöglichkeit entzöge, so würde die Möglichkeit gegeben sein, daß das an sich nur bedeutungslose Unterscheidungsmerkmal durch die Vereinbarung urkundliche Beweiskraft erlangt hätte (Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 175). Allein diese Vereinbarung ist nicht festgestellt. (Urt. des V. StS. vom 3. Juli 1906. 5 D 789/06.) — — — e —

661

III.

Bayer. Forstgehilfe als Forstbeamter im Sinne des § 117 StGB. Rechtmäßige Amtsausübung. . . . Der Tatbestand des § 117 StGB. ist rechtsirrtumsfrei festgestellt. Der K. Forstgehilfe N., ein Forstbeamter, war in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes begriffen, indem er die Verübung des Forstfrevels des Angeklagten feststellen und dessen Fortsetzung insbesondere durch Wegnahme des Werkzeugs, welches der auf frischer Tat betretene Angeklagte zum Behufe des Frevels mit sich führte, verhindern wollte (Art. 131, 115 des bayer. Forstgesetzes vom 28. März 1852 i. d. F. d. Bek. v. 4. Juli 1896; §§ 20, 26 der AVO. vom 19. Februar 1885, die Organisation der Staatsforstverwaltung betr.). Gegen diese Amtsausübung war der Widerstand des Angeklagten gerichtet. (Urt. des V. StS. vom 12. Oktober 1906. 5 D 356/06).

677 — — — e —

IV.

Bevollmächtigung zur Einlegung der Revision (§§ 137, 340, 505 StPO.) . . . Der Rechtsanwalt C. zu D. hatte mit seiner Eingabe vom 25. August 1905, wie aus seiner Erklärung vom 31. Oktober 1905 hervorgeht, auch namens des Vaters des Angeklagten Revision eingelegt. Da der Angeklagte noch minderjährig ist, wäre das nach § 340 StPO. an sich zulässig gewesen. Allein zur Einlegung dieser Revision hätte der Rechtsanwalt einer ausdrücklichen Vollmacht des Vaters bedurft. Eine solche liegt nicht vor. Allerdings hatte der Vater des Angeklagten ihm vor Eröffnung des Hauptverfahrens eine Vollmacht erteilt. Diese lautete aber dahin: „Herrn Rechtsanwalt C. bestelle ich hiermit zum Verteidiger in dem gegen meinen Sohn . . . eingeleiteten Strafverfahren." Daraus ergibt sich, daß C. nur zum Verteidiger des Angeklagten nach § 137 Abs. 2 StPO. gewählt, nicht aber auch zum Vertreter des Vaters bestellt worden ist. Er war deshalb nicht befugt, auch für den Vater die Revision einzulegen. Diese war unter Ueberbürdung der Kosten auf Rechtsanwalt C. als unzulässig zu verwerfen. (Urt. des V. StS. vom 2. Oktober 1906. 5 D 536/06).

676 — — — e —

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Aenderung des Rangverhältnisses eingetragener Hypotheken. Art der Eintragung der Bestimmung solcher Aenderung in das Grundbuch und der Bestätigung über erfolgte Eintragung durch das Grundbuchamt. (**BGB. §§ 879, 880; GBO. § 46**). Auf dem für das Anwesen des Hotelbesitzers K. R. in M. im Grundbuche für M. bestehenden Grundbuchblatte sind nach 58200 Mk. Hypotheken und 5820 Mk. Nebenkautionen weiter eingetragen:

1. 14. Oktober 1904: 16800 Mk. Eigentümergrundschuld des K. R.
2. 21. Januar 1905: 3900 Mk. Eigentümergrundschuld desselben,
3. 24. April 1906:
   a) 4500 Mk. Hypothekkapital des Viehhändlers B. Schr. in L.

b) 4500 Mk. Hypothekkapital des Wirts U. E. in M.

Am 27. Juli 1906 bestellte K. R. einer Brauerei Hypothek für ein Darlehen von 17000 Mk. und für andere Forderungen, eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 3700 Mk. mit dem Beisatze, daß die Hypotheken den Rang unmittelbar nach Vorgang von 58200 Mk. Hypothekkapitalien und 5820 Mk. Nebenkautionen haben sollen." In einer notariell beglaubigten Urkunde vom gleichen Tage erklärte K. R., daß er mit seinen Eigentümergrundschulden hinter die neu bestellten Hypotheken zurücktrete, indem er ihnen deren Rang einräume. Beide Urkunden legte der Notar dem Grundbuchamte vor mit dem Antrage, die bewilligten Eintragungen zu bewirken und die Vollziehung auf der Urkunde zu bescheinigen. Das Grundbuchamt trug am 9. August 1906 die beiden Hypotheken mit dem Vermerk ein: „Die Hypotheken zu 17000 Mk. und zu 3700 Mk. gehen den Eigentümergrundschulden zu 16800 Mk. und zu 3900 Mk. im Range unter sich vor", und setzte auf die Urkunde eine Bescheinigung des Inhalts, daß die vor der Eintragung der neuen Hypotheken eingetragenen Hypotheken, die einzeln angeführt werden, den Hypotheken der Aktienbrauerei „mit dem Abmaße vorgehen, daß die Hypotheken zu 17000 Mk. und 3700 Mk. den 16800 Mk. und 3900 Mk. im relativen Rangverhältnis unter sich vorgehen, wohingegen die Zustimmung der Gläubiger der 4500 M. und 4500 M. (3a und b) zu dieser Rangabänderung nicht vorliegt." Der Notar beantragte nun namens des R., die Bescheinigung dahin zu fassen, „daß den Hypotheken der Aktienbrauerei lediglich 58200 Mk. Hypotheken und 5820 Mk. Zinsen- und Kostenkautionen vorgehen." Denn die Hypotheken der Brauerei hätten durch die Rangabtretung den Rang der zurückgetretenen Eigentümerhypotheken erhalten, die Rechte der Zwischenberechtigten würden dadurch nicht berührt. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag ab. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auf weitere Beschwerde wurden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben; das Grundbuchamt wurde angewiesen, in der Bescheinigung die Worte: „im relativen Rangverhältnisse" zu streichen.

Gründe: Die Vorinstanzen gehen von einer unrichtigen Auffassung des § 880 BGB. insbesondere des Abs. 5 aus. Die nach § 880 Abs. 1 bis 3 BGB. erfolgende Rangänderung ist, auch wenn nicht zustimmende Zwischenberechtigte vorhanden sind, eine Verfügung über das zurücktretende Recht, sie begründet auch in diesem Falle nicht, wie in § 841 des Entw. I in Aussicht genommen war, ein Schuldverhältnis zwischen den sie Vereinbarenden, sondern bewirkt eine Aenderung des sachenrechtlichen Verhältnisses, aus der sich nach dem Abs. 4 insbesondere ergibt, daß der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang nicht dadurch verloren geht, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird. Stehen zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte andere Rechte, so werden sie nach dem Abs. 5 durch die ohne Zustimmung der Berechtigten erfolgende Rangänderung nicht berührt. Sie behalten den bisherigen Rang; das vortretende Recht erlangt ihnen gegenüber den Vorrang nur insoweit, als ihr Rang durch das zurücktretende beschränkt ist, und dieses muß ihnen weichen, soweit die Beschränkung ihres Ranges durch das vortretende Recht erschöpft wird. Daraus folgt aber nicht, daß die Rangänderung den Zwischenberechtigten gegenüber als nicht geschehen gilt. Als Verfügung über das zurücktretende Recht ist sie innerhalb des durch dieses bestimmten Rahmens ihnen gegenüber ebenso wirksam wie jede andere Verfügung. Sie haben kein Recht darauf, daß nicht durch Verfügung über das zurücktretende Recht, insbesondere eine Verpfändung, die Befugnis desjenigen, dem das Recht zusteht, zu rechtsgeschäftlicher Aufhebung des Rechtes geschmälert wird, und müssen deshalb auch die im Abs. 4 des § 880 bestimmte Folge der Rangänderung gegen sich gelten lassen. Das Grundbuchamt hat in die Bescheinigung die in der Eintragung nicht enthaltenen Worte „im relativen Rangverhältnis" gerade zu dem Zwecke aufgenommen, der gegenteiligen Ansicht Ausdruck zu geben. Diese Worte müssen daher gestrichen werden.

Dagegen kann dem Antrage des Beschwerdeführers nicht in weiterem Umfange stattgegeben werden. Bei der Erteilung einer Bescheinigung über den Rang eines Rechtes beschränkt sich die Aufgabe des Grundbuchamts auf die Bekanntgabe des Inhalts der das Rangverhältnis betreffenden Eintragungen. Das Grundbuchamt bescheinigt die für das Rangverhältnis maßgebenden Tatsachen, die sich aus dem Grundbuch ergeben, es obliegt ihm aber nicht, die Richtigkeit von rechtlichen Schlußfolgerungen zu bezeugen, die aus diesen Tatsachen gezogen werden sollen. Hier kann deshalb das Grundbuchamt nicht angehalten werden, das beantragte Zeugnis zu erteilen. (Beschluß vom 21. September 1906, I. ZS. Reg. III Nr. 64/06.) K.

690

II.

Umfang der Bindung der Vertragschließenden hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen des Erbvertrags. (Gemeines Recht u. Allgem. Preuß. LR., BGB. §§ 2289, 2298). Form letztwilliger Verfügungen, insbes. beim sog. Dorftestament. (BGB. §§ 2242, 2249). Die am 26. Juni 1905 zu A. kinderlos gestorbene Frau H. hat am 7. Dezember 1892 mit ihrem damaligen Verlobten, dem nunmehrigen Witwer P. M. H. einen Erbvertrag geschlossen, in dem u. a. bestimmt ist, daß, wenn die Frau vor dem Manne ohne eheliche Kinder sterben sollte, dieser die Hälfte des Rücklasses erbweise erhalten, die andere Hälfte aber ihren gesetzlichen Erben zufallen solle. Im unmittelbaren Anschlusse hieran folgt die weitere Verfügung: „Diese Erben sollen meine Rücklaßhälfte nach ihrer gesetzlichen Berufung zur Erbschaft unter sich teilen, falls hierüber von mir keine andere Bestimmung auf den Todesfall getroffen wird, deren Errichtung ich mir jederzeit einseitig vorbehalte." Kurz vor ihrem Tode, am 22. Juni 1905, errichtete sie vor dem Bürgermeister in A. und zwei Zeugen ein Testament, in dem sie unter Bezugnahme auf den Erbvertrag in Ausübung ihres Vorbehalts einige Vermächtnisse anordnete und weiter bestimmte, daß, was von dem auf sie treffenden Hälfteanteil hiernach noch übrig bleibe, ihre Schwester Maria Magdalena und deren Ehemann Leonhard M. erhalten sollten. Das Protokoll enthält die Feststellung: „Das Protokoll ist der Erblasserin vorgelesen und von ihr genehmigt und von ihr eigenhändig unterschrieben worden." Unter diesem Satze befindet sich die mit unsicherer Hand geschriebene Unterschrift „H. . . . . . Magd." Die beiden Silben: „H. . . . . ." sind ziemlich deutlich geschrieben, mit der letzten Silbe des Familiennamens und dem abgekürzten Vornamen ist die Erblasserin in eine tiefere Zeile geraten, der Punkt über dem i fehlt, die Buchstaben sind klein und sehr undeutlich aber immerhin erkennbar. Auf die Unterschrift folgt die weitere Feststellung: „Frau H. versucht zu unterschreiben, doch ist sie aus Schwäche nicht imstande, dies zu tun, wie aus vorstehenden Schriftzügen zu ersehen ist" mit den Unterschriften des Bürgermeisters und der Zeugen. Die Wirksamkeit des Testaments wurde u. a. auch von dem Vormunde einer minderjährigen Tochter einer verstorbenen Schwester der Erblasserin bestritten, weil die letztwillige Verfügung mit der bindenden Bestimmung des Erbvertrags in Widerspruch stehe. Sein Antrag, auf Grund des Erbvertrags den gesetzlichen Erben einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, wurde von dem Amtgericht A. abgewiesen. Die Beschwerde

des Vormunds wurde vom Landgerichte N. zurückgewiesen. Auch seine weitere Beschwerde blieb erfolglos aus folgenden Gründen:

Die in dem Protokolle des Bürgermeisters vom 22. Juni 1905 enthaltene Feststellung, daß die Erblasserin nicht schreiben könne, leistet allerdings der Vorschrift des § 2242 Abs. 2 BGB. nicht Genüge, nach der, wenn der Erblasser erklärt, daß er nicht schreiben könne, diese Erklärung im Protokolle festzustellen ist und die Feststellung die Unterschrift des Erblassers ersetzt. Bei der Aufnahme des Protokolls vom 22. Juni 1905 handelte es sich aber nicht darum, die Unterschrift der Erblasserin nach § 2242 Abs. 2 zu ersetzen; denn die Erblasserin hat nicht nur nicht erklärt, nicht schreiben zu können, sondern des Protokoll tatsächlich unterschrieben. Weder die Abkürzung des Vornamens noch die die Erkennbarkeit der Schriftzeichen nicht ausschließende Undeutlichkeit eines Teiles der Unterschrift bildet einen Grund, ihre eigenhändige Namensschrift nicht als eine dem Erfordernisse des § 2242 Abs. 1 Satz 1 entsprechende Unterschrift gelten zu lassen. Die Bemerkung des Bürgermeisters, daß die Schriftzüge der Erblasserin ein infolge ihrer Schwäche nicht gelungener Versuch seien, zu unterschreiben, ist dem gegenüber belanglos.

Die Vorinstanzen haben mit Recht angenommen, daß der Erbvertrag vom 7. Dezember 1892 der Wirksamkeit des Testaments vom 22. Juni 1905 nicht entgegensteht. Nach Art. 214 Abs. 2 EG. z. BGB. ist für die Frage, inwieweit die Erblasserin durch den Erbvertrag gebunden war, das bisherige Recht maßgebend. In A. war neben dem Nürnberger Rechte, das eine in Betracht kommende Vorschrift nicht enthält, als ergänzendes Recht für einen Teil der Stadt das gemeine Recht, für den anderen Teil das Preuß. Landrecht in Geltung. Nach dem einen wie nach dem anderen Rechte war nicht jede in einem Erbvertrage getroffene Verfügung von Todes wegen für den Erblasser bindend; bei den Verfügungen, die im Zusammenhange mit vertragsmäßigen Bestimmungen getroffen wurden, ohne daß die vertragsmäßige Einigung sich auf sie erstreckte, trat eine Bindung nicht ein und im Zweifel wurden solche Verfügungen, an denen der andere Teil kein Interesse hatte, nicht als bindende Verfügungen angesehen. (Vgl. Stobbe, deutsches Privatr. 5 § 311 Note 28, Dernburg, Preuß. Privatr. 34 § 177 Note 20). Wenn die Erblasserin in dem Erbvertrage sich vorbehalten hat, über die Verteilung der Hälfte ihres Nachlasses, die sie nicht ihrem künftigen Ehemanne zuwendete, sondern ihren gesetzlichen Erben zukommen lassen wollte, unter diese von den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge abweichende Bestimmungen zu treffen, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß sie sich durch Vereinbarung mit ihrem Verlobten gebunden hat, diese Hälfte ausschließlich ihren gesetzlichen Erben, wenn auch in beliebiger Verteilung, zukommen zu lassen. Der künftige Ehemann hatte kein Interesse daran, daß die Hälfte ihres Nachlasses ungeschmälert ihren gesetzlichen Erben zufiel, daß sie gehindert war, darüber in solcher Weise zu verfügen, wie sie durch die Zuwendungen an ihn, seine erstehelichen Kinder und die Stadtkirche getan hat. Die vertragsmäßige Einigung beschränkte sich in Ansehung dieser Hälfte des Nachlasses darauf, daß sein Erbrecht sich nicht auf sie erstreckte, im übrigen behielt die Erblasserin freie Hand. Mag sie auch bei der Schließung des Erbvertrags nur an eine anderweitige Verteilung der Nachlaßhälfte gedacht haben, so war sie doch nicht gebunden, aus dieser Hälfte nur ihren gesetzlichen Erben Zuwendungen zu machen und von diesen nicht bloß einen zu bedenken. (Beschluß vom 11. Juli 1906, 1. ZS. Reg. III Nr. 41 1906.) K.

664

Oberlandesgericht München.

Ansprüche aus Anbau an eine vor dem 1. Januar 1900 errichtete Kommunmauer, wenn der Anbau nach diesem Tage erfolgt ist; Münchener Stadtrecht. Der Installateur B. hat im Jahre 1902 ein Anwesen in München erworben; dieses hat gegen Süden eine vor 1900 aufgeführte Kommunmauer. Der Architekt M. hat im Jahre 1904 an die Kommunmauer anbauend ein Haus erbaut, ohne den B. für die auf die Hälfte der Kommunmauer treffenden Kosten zu 1000 Mk. zu entschädigen. M. hat das neuerbaute Haus, als es im Rohbau fertig und unter Dach war, an die Privatierseheleute A. verkauft. Durch amtsgerichtlichen Beschluß wurde für eine Forderung der Firma C. gegen B. diejenige Geldforderung gepfändet, welche dem B. gegen M. und die Eheleute A. auf Entschädigung für den Anbau an die Kommunmauer des Anwesens des B. in der Höhe von 1000 Mk. zusteht. Die gepfändete Forderung wurde der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen. Auf Klage der Firma C. gegen M. und und die Eheleute A. wurde ersterer durch rechtskräftiges Versäumnisurteil der Klage entsprechend verurteilt, der Anspruch gegen die Eheleute A. aber in I. und II. Instanz abgewiesen. Der weitere Sachverhalt ergibt sich aus nachfolgenden Gründen: 1. Die Mauer ist vor dem 1. Januar 1900 (also unter der Herrschaft des Münchener Stadtrechts) auf Grund des nach diesem Rechte dem Erbauer gegenüber dem Eigentümer des Nachbargrundstücks zustehenden Zwangsrechts als sog. Kommunmauer zur gemeinschaftlichen Benützung errichtet worden. Für die Beurteilung der aus der Benützung der Mauer durch die Beklagten M. und die Eheleute A. für den Erbauer der Mauer B. oder dessen Rechtsnachfolgerin, die Klägerin, sich ergebenden Befugnisse ist Art. 70 II AG. z. BGB. maßgebend. Darnach finden hier an Stelle der bisherigen Vorschriften, nach welchen im Falle der Benützung der Mauer seitens des Eigentümers des anderen Grundstücks ein Teil der Kosten zu ersetzen ist, die Vorschriften des Art. 68 Abs. 2 AG. z. BGB. Anwendung. Nach Art. 68 II kann der Eigentümer des Grundstücks, von dem aus die Erhöhung einer gemeinschaftlichen Mauer erfolgt ist, dem Eigentümer des anderen die Benützung des Aufbaues verbieten, bis ihm für die Hälfte oder, wenn nur ein Teil des Aufbaues benützt werden soll, für den entsprechenden Teil der Baukosten Ersatz geleistet wird. Ist der Bauwert geringer als der Betrag der Baukosten, so bestimmt sich der zu ersetzende Betrag nach dem Bauwerte. Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß durch Art. 68 II AG. z. BGB. an Stelle des nach früherem Rechte dem Eigentümer der Kommunmauer gegen den sie zu einem Anbau benützenden Eigentümer des Nachbargrundstücks zustehenden Anspruchs auf Ersatz des Wertes der halben Mauer ein Verbietungsrecht unter Ausschluß des Ersatzanspruchs getreten sei, hat der Erstrichter mit Recht abgelehnt. (OLG. München in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 210.) Ihm ist auch darin beizupflichten, daß durch Art. 68 II die altrechtlichen Bestimmungen über den Ersatzanspruch wegen des Anbaus an eine Kommunmauer nicht schlechthin beseitigt worden sind, daß vielmehr nach Art. 68 nur zu entscheiden ist, welchen Inhalt der Ersatzanspruch hat und wie er zu bemessen ist, daß aber die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Ersatzanspruch gegeben ist, nach bisherigem Recht beurteilt werden muß. (OLG. München, Bl. f. RA. Bd. 71 S. 72.) Art. 69 AG. z. BGB. enthält für die Anwendung der neurechtlichen Bestimmung des Art. 68 auf die Benützung einer vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Erhöhung einer Kommunmauer die Uebergangsvorschrift wie Art. 70 l. c. für den Fall der Benützung einer solchen Mauer durch Anbau. Beide Vorschriften sprechen nur aus, daß, soweit nach den bisherigen Bestimmungen für die Benützung

einer gemeinschaftlichen Mauer durch Anbau oder Aufbau seitens des Eigentümers des anderen Grundstücks ein Teil der Kosten zu ersetzen ist, Art. 68 II anzuwenden ist. In Art. 69 ist das deutlich ausgedrückt. Die Fassung des Art. 70 berechtigt im Hinblick auf die Begründung des Gesetzentwurfs und die Verhandlungen im Ausschuß (Becher, Mat. Abt. II und V Bd. 1 S. 90, 446, 447) zu keiner anderen Auslegung.

2. Es ist unbestritten, daß das Anwesen, welches M. im Jahre 1904 an die Kommunmauer des B. anbaute, z. Z. des Erwerbes durch die Beklagten A. im Rohbau vollständig fertig und unter Dach war. Nun wird nach dem Münchener Stadtrecht der Anspruch auf Ersatz der Bauwertshälfte begründet, wenn der Nachbar der Mauer zu einem „vorhabenden Bau" bedarf. Dieses Bedürfnis steht fest, wenn der Nachbar mit dem Anbau begonnen hat; dann ist aber auch der Ersatzanspruch schon gegeben. (Tinsch, Stadtr. v. München S. 28 und 36.) Unzweifelhaft ist der Anspruch existent, wenn an die Kommunmauer unter ihrer Verwendung als Grenzmauer gegen den Nachbar ein Haus im Rohbau fertig angebaut worden ist. Der Anspruch ist als auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet rein persönlich. (Entsch. d. ObGH. Bd. I 162, VII 820 und XII 121, Tinsch a. a. O. S. 33.) Aktiv für ihn legitimiert ist, wer z. Z. des Anbaus Eigentümer der Kommunmauer ist, passiv der den Anbau ausführende Eigentümer des Nachbargrundstücks. An der persönlichen Natur des Ersatzanspruchs kann der Umstand nichts ändern, daß Art. 68 II AG. zur Sicherung des Anspruchs ein dingliches Verbietungsrecht gewährt. Dazu kommt, daß das Verbietungsrecht und der Ersatzanspruch in keinem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Ersteres wird gegenstandslos, wenn der Anbau erfolgt, ohne daß es oder trotzdem es geltend gemacht worden ist, der Anspruch auf Ersatz der Baukosten aber bleibt bestehen; anderseits besteht das Verbietungsrecht schon vor dem Ersatzanspruch. Wegen seiner persönlichen Natur geht der Anspruch ohne besondere Vereinbarung passiv nicht auf den Erwerber des Grundstücks über, auf dessen Seite der Anbau erfolgt ist. (Samml. d. Entsch. d. ObGH. Bd. I 162.) Die Anwendung dieser Rechtssätze führt dazu, daß der Anspruch auf Ersatz der Baukosten auf Seite des Eigentümers des älteren Anwesens B. gegen den Nachbar M. schon existent geworden war, als die Mitbeklagten A. das Anwesen erwarben und daß der Anspruch des B. auf diese passiv nicht übergegangen ist. Nachdem die Eheleute A. in den von ihrem Vorbesitzer geschaffenen Zustand, durch welchen nur dieser Schuldner des B. geworden war, eingetreten waren, waren sie berechtigt, diesen Zustand zu benützen, ohne neuerlich einen Anspruch des Nachbarn gegen sich auf Entschädigung wegen der Baukosten zu begründen. Ihre Rechte und Pflichten hinsichtlich der Kommunmauer bestimmten sich nach neurechtlichen Vorschriften (§§ 921, 922, 741 ff. BGB.) und allenfallsige Eingriffe in die Rechte des Nachbarn können Schadensersatzansprüche, nicht aber neuerlich den Anspruch auf Ersatz der Baukosten auslösen oder eine Mithaftung für diese begründen. Daher kann die Frage unerörtert bleiben, ob in dem, was die Eheleute A. an der Kommunmauer noch vorgenommen haben (nämlich Steinverputz der Mauer und teilweise Verstärkung), ein Anbau im Sinne des Münchener Stadtrechts erblickt werden könnte. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch ist nur begründet gegen M. Gegen M. allein könnte auch die Klage auf Erstattung der Hälfte der Baukosten unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 951 BGB. (welcher Klaggrund eventuell geltend gemacht ist), Erfolg haben; denn die Rechtsänderung, welche der Bau der Kommunmauer zur Folge hatte (Erwerb des Eigentums an den in seinem Grund eingebauten Materialien), ist nur zugunsten des damaligen Eigentümers M. eingetreten und die Belangung der Rechtsnachfolger A. wäre nur unter der hier nicht gegebenen Voraussetzung des § 822 BGB. (unentgeltlicher Erwerb) denkbar. (Planck Note 1 b zu § 951 BGB.) (Urt. v. 6. Juni 1906.)

552 — — — n.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu § 13 Nr. 4 u. § 17 RAGO. Auf Grund eines im Arrestprozesse ergangenen Urteils hat der Anwalt der obsiegenden Partei seine Kosten liquidiert, und unter anderem die Beweis- und Schlußverhandlungsgebühr zu je 5/10 nach §§ 13 ev. 4 mit 17 RAGO. beansprucht. Diese Gebühren wurden jedoch vom Erstrichter gestrichen und die hiegegen eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Die in der Verhandlung vom 2. April 1906 benützten Beiakten sind vom Vorsitzenden des Gerichts kurzhändig erholt worden, ohne daß dies von einem Parteivertreter beantragt war. Es ist somit nicht eine Spaltung des Verfahrens in einen den Parteibehauptungen und in einen der Beweisaufnahme gewidmetem Abschnitt erkennbar hervorgetreten. Auch schlägt die auf S. 124 Ziff. 5 Jahrg. 1903 der JW. abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. Februar 1903 auf vorliegenden Fall deshalb nicht ein, weil sie immerhin einen Beschluß voraussetzt, durch welchen die Beiziehung von Vorakten angeordnet wurde. (Beschl. v. 18. IX. 06.)

649 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

I.

Selbständige Rechtspersönlichkeit der Kgl. Bank. Voraussetzungen des Heimfalls herrenloser Depositen. Die Kommissionärin D. betrieb anfangs der 70er Jahre in M. eine sog. Dachauerbank, über welche 1873 die Gant eröffnet wurde. Bei der Schlußverteilung (1875) blieben die Anteile zahlreicher Gläubiger (mehrere 1000 fl.) unanbringlich, weil die Gläubiger nicht mehr gefunden wurden. 1882 erließ der Gantkommissär eine Aufforderung in Zeitungen, worin der Sachverhalt bekannt gegeben wurde; Anmeldungen erfolgten nicht. Ein Versuch des Gantkommissärs, den Fiskus zur Annahme des Depots als herrenlosen Guts zu veranlassen, scheiterte an dessen Weigerung. Demnach blieb das Depot bei der Filialbank M. und sodann bei deren Hinterlegungsstelle verwahrt und auf Bankschein verzinst, so daß es Ende 1905 etwa 10 000 Mk. betrug. D. war im Juni 1905 verstorben. Der Nachlaßverwalter verklagte nun im Oktober 1905 den Staat, die Filialbank und den Gantkommissär dahin, daß der Fiskus und der Gantkommissär in die Hinausgabe des Depots an ihn durch die Bank einzuwilligen, diese aber die Herausgabe zu betätigen habe. Begründung: Das Empfangsrecht der Gläubiger sei durch Ablauf der 30jährigen Verjährung erloschen, sohin das Depot an die Gantschuldnerin bzw. ihre Erben zurückgefallen; die Beklagten ständen auf dem Standpunkt, daß es zur Gantmasse gehöre. Der Fiskus bekämpfte die Klage, weil er kein Recht habe, über die Empfangsbefugnis des Klägers zu entscheiden, auch bisher keinen Anspruch auf das Depot erhoben habe; zunächst müßte der Instanzenzug des Gantverfahrens erschöpft sein; Kläger habe bisher gegen den Gantkommissär nicht einmal das Gantgericht angerufen. Die Bank entgegnete, sie sei nur als Hinterlegungsstelle interessiert, als solche habe sie nach der HO. die Herausgabe nur auf Weisung des Amtsgerichts oder Vorlegung einer gerichtlichen Entscheidung zu betätigen. Der Gantkommissär ließ sich nicht vertreten. Gegen ihn wurde kein Antrag mehr gestellt; die Klage gegen den Fiskus und die Bank wurde abgewiesen.

Aus den Gründen: Art. 2 AG. z. ZPO. ist gewahrt, weil das StM. d. Fin. dem Verlangen nach Herausgabe keine Folge gegeben hat. Diese Entschließung genügt auch hinsichtlich der Bank, da für Beschwerden gegen deren Geschäftsführung als Hinterlegungsstelle das genannte Ministerium zuständig ist (§ 55 Abs. 1 HO.). Übrigens kann Art. 2 AG. gegenüber der Bank wohl nur in Betracht kommen, wenn sie eine fiskalische Station, nicht eine selbständige Rechtspersönlichkeit ist. Letztere Frage ist gemäß §§ 56, 50 ZPO. von Amts wegen zu prüfen, da stationes fisci nicht verklagt werden können. Die OrgVdg. vom 13. Dezember 1878 (GVBl. S. 489) spricht sich hierüber ebensowenig klar aus als die Landtagsverhandlungen; der Ausdruck „Staatsanstalt" ist nicht ausschlaggebend, weil es auch Staatsanstalten gibt, die keine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzen. Mittelbar aber muß man angesichts der Entstehungsgeschichte der Bank (Hock, HB. d. FinV. Bd. 1 S. 175) und der Ausdrucksweise der HO. zu der Ansicht kommen, daß die Bank eine „Anstalt" im Sinne des § 89 BGB. ist. Dafür spricht die Unterscheidung beim Heimfall des Vermögens nach Auflösung der Bank (§ 26 OrgVdg.) und die Unterscheidung der HO. zwischen Erlöschen zugunsten des Fiskus oder der Bank (§§ 27, 52 HO.). Auch die Vorschriften der OrgVdg. über die Anstellung und Rechte der Bankbeamten wären überflüssig, wenn es sich um eine statio fisci handelte (vgl auch BayZfR. 1905 S. 119). Die einzelnen Filialen der Bank sind aber nur Zweigniederlassungen (JW. 1905 S. 720). Daneben bestehen bei ihnen die nicht parteifähigen Hinterlegungsstellen. Die gesetzliche Vertretung der Bank im Prozeß liegt nach der OrgVdg. nur bei der Bankdirektion in Nürnberg; denn die §§ 9, 10, 13 Ziff. 12 OrgVdg. übertragen ihr hierfür kollegiale Beratung. Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Zustellung an den Vorsteher der Hinterlegungsstelle oder der Bankfiliale als Behörde (§ 171 ZPO.). Beklagte kann hiernach nur die Bank, gesetzlich vertreten durch die Bankdirektion in Nürnberg sein (BayZfR. 1905 S. 120). Sachlich beruft sich die Bank gegenüber der Klage mit Recht in ihrer Eigenschaft als Inhaberin der amtsgerichtlichen Hinterlegungsstelle auf den Mangel der Voraussetzungen der §§ 49 ff. HO. (Herausgabeweisung des Amtsgerichts M. oder Anordnung des Gantkommissärs oder rechtskräftiges Urteil über das Empfangsrecht des Klägers). Letzteres kann nicht in einem Prozeß gegen die Hinterlegungsstelle selbst ergehen; vielmehr ist ein Urteil im Prozeß der Prätendenten unter sich gemeint (vgl. BayZfR. 1905 S. 93), das die Weisung ersetzt. Daß gegen die Hinterlegungsstelle nicht um die Empfangsberechtigung prozessiert werden kann, zeigt der in §§ 55, 10 HO. normierte Instanzenzug (Landgerichtspräsidium, Justizminister). Die Anwendbarkeit der neuen HO. auf das strittige Depot ergibt sich aus § 57 HO.; hiernach ist es in das Eigentum der Bank übergegangen und diese nur zur Zahlung eines gleichen Betrags an den Berechtigten verpflichtet. Daß die Bestimmungen des § 49 HO. auch hier anwendbar sind, läßt sich nicht bezweifeln; denn § 49 umfaßt jeden Herausgabefall.

Der Fiskus lehnt mit Recht bis zur endgültigen Entscheidung des Gantgerichts jede Aeußerung ab. Im Hinblick auf § 52 HO. ist nicht abzusehen, wie nach der frühestens im Dezember 1905 eingetretenen Verjährung noch der Fiskus empfangsberechtigt sein könnte. Denn das Erlöschen des Herausgabeanspruchs kommt nach § 52 Abs. 3 HO. der Bank zugute. Ehe es aber zum Heimfall kommt, muß feststehen, daß die Hinterlegung für die Gläubiger nach LR. Tl. IV K. XIV § 15 ordnungsmäßig erfolgt und das Herausnahmerecht aller erloschen ist (vgl. § 35 HO.) und daß ein Rücknahmerecht des Gantkommissärs aus LR. Tl. IV K. XIV § 15 Nr. 9 oder § 382 BGB. nicht besteht oder doch erloschen ist. Vorher ist ein Heimfall nicht möglich; erst in zweiter Linie entstände die für Fiskus und Bank belanglose Frage, ob eine Rücknahme durch den Gantkommissär zur Auszahlung an den Kläger namens der D.'schen Erben oder zur Wiederaufnahme der Gantverteilung führen müßte (BayPO. Art. 1314; KonkO. § 166). Nun laufen allerdings die Erlöschungsfristen der HO. von selbst kraft Gesetzes aus, auch wenn die §§ 39, 54 Abs. 4 HO. nicht beachtet sind und es enthält die HO. auch keine ausdrückliche Vorschrift über die Form der Feststellung des Erlöschens zugunsten des Fiskus (der Bank); insbesondere ist von Einführung eines Aufgebots in Bayern abgesehen worden (Habel, HO. S. 45; Schierlinger, landsr. Normen S. 297). Der Kläger denkt anscheinend an die Notwendigkeit, durch eine Klage den von ihm auf Dezember 1905 verlegten Fristablauf zu hindern. Allein hierzu besteht kein Anlaß, weil die Erlöschungsfrist schon durch Meldung bei der Hinterlegungsstelle unterbrochen wird; ob seine Ansprüche inhaltlich dieser Meldung begründet sind, untersteht der Würdigung der Depositeninstanzen. Wird dies bejaht, also die Herausgabe angeordnet, so bedarf es keiner Klage gegen Gegenprätendenten, weil letztere ihre Rechte durch Gegenbeschwerde zu wahren hatten; wird es verneint, so ist der Klage das Feststellungsinteresse entzogen (§ 256 ZPO.). Gegenüber der Bemerkung bei Habel HO., daß die Entscheidung über das Erlöschen nach §§ 37, 54 HO. im ordentlichen Prozeß zu erwirken sei, wird darauf hingewiesen, daß eine Angehung der ordentlichen Gerichte angesichts des § 10 HO. doch erst möglich ist, wenn bei Geltendmachung des Anspruchs das Hinterlegungsverhältnis und damit die Zuständigkeit der im § 10 HO. genannten Verwaltungsinstanzen tatsächlich beendigt, d. h. das Depot eingezogen ist. Das ist hier noch nicht geschehen (Urt. v. 23. April 1906; A. 3814/05).

613 N.

II.

Unzuständigkeit deutscher Gerichte für die Scheidung von Türken; Versagung einer einstweiligen Verfügung (§§ 606 Abs. 4, 627 ZPO.). Der seit längerer Zeit in M. wohnhafte türkische Staatsangehörige Achmed R. erhob gegen seine Frau zum Landgerichte M. Scheidungsklage wegen Ehebruchs und anderweitigen ehewidrigen Verhaltens mit der Begründung, er habe die Beklagte, eine Deutsche, zunächst vor dem Standesbeamten in Genf geheiratet; nach dem Uebertritt der Frau zum Islam sei die Eheschließung gemäß den Vorschriften des Korans auf der türkischen Botschaft in Paris wiederholt worden. Gleichzeitig mit der Klage wurde einstweilige Verfügung auf Gestattung des Getrenntlebens und Herausgabe des minderjährigen Ehekindes Fatme an den Kläger beantragt. Ersterer Antrag wurde abgewiesen, über den zweiten mündliche Verhandlung angeordnet.

Aus den Gründen: Da beide Gatten türkische Staatsangehörige islamitischer Religion sind, gehören deren Ehestreitigkeiten nur vor die türkischen geistlichen Gerichte (Davidson, Ehescheidung S. 189; Leske-Löwenfeld, Rechtsverfolgung Bd. 4 S. 931 ff.); demnach ist für die Scheidungsklage eine hiesige Zuständigkeit nicht gegeben und freiwillige Unterwerfung unstatthaft (§§ 606 Abs. 4, 40 ZPO.). Für ein unzuständiges Ehegericht besteht weder Befugnis noch Anlaß, das Getrenntleben zu gestatten; wohl aber wäre das Gericht für einen Prozeß auf Herausgabe des Kindes zuständig; in diesem Punkt ist bei der Eigenart des Falles (vgl. EG. z. BGB. Art. 14, 19, 30) mündliche Verhandlung geboten. Vor letzterer wurde die Klage zurückgenommen. (Beschl. vom 13. September 1906; C 3222/06). N.

693

Literatur.

Beling, Dr. Ernst, Professor in Tübingen. Die Lehre vom Verbrechen. (548 S.). Tübingen 1906. J. C. B. Mohr. Preis Mk. 11.—; geb. 12.50.

Wer Belings Buch nur überfliegen wollte, mag getrost die Hand davon lassen. Er hätte keinen Gewinn, trotzdem es zumeist die lex lata, also bekannter Boden ist, auf dem die Lehre gründet. Was soll dem Flüchtigen z. B. folgendes: „Die Norm wertet nur, sie drückt der Tat keinen Typus auf." Oder „Erscheinungsform eines Tatbestandes ist eine Tatbestandsbesonderheit ohne eigene Typizität". Oder „Die Tatbestände der Formaldelikte umreißen das Handeln lediglich so, daß dieses in ein gewisses Milieu hineingebracht wird. Dieses Milieu ist selber natürlich nichts Persönliches; aber die Handlung muß selber in diesem Milieu drin stehen, um tatbestandsmäßig zu sein." — Wer aber den Gedankengängen des Verfassers — auf freilich nicht immer ebenen Wegen — folgt, dem eröffnet sich ein wohlgefügter Bau mit weiten Hallen und hellem Lichte. Den „imposanten Hintergrund" bildet Bindings Normentheorie, die in Beling'scher Beleuchtung (normenwidrig = rechtswidrig) keineswegs verliert. Der Verfasser will eine zusammenhängende Theorie des „Tatbestandes" geben, die dem besonderen Teile des Strafrechts angehörende Lehre von den Tatbeständen vervollständigen, durch eine dem allgemeinen Teile zukommende Lehre vom „Tatbestande." Die noch niemals prinzipiell als Verbrechensmerkmal erfaßte Tatbestandsmäßigkeit (Typizität) der Handlung steht ihm unter den Verbrechensmerkmalen oben an. Belings „Tatbestand" ist eine Abstraktion, gewonnen aus den einzelnen Tatbeständen der Sachbeschädigung usw. Neben den begrifflichen Tatbestand tritt die Tatbestandsverwirklichung („Tatbestand" im bisherigen Sprachgebrauch). Der Tatbestand setzt sich begrifflich zusammen aus den Tatbestandsmerkmalen. Die konkreten realen Tatsachen, insoweit sie sich unter die Tatbestandsmerkmale subsumieren lassen, sind die Tatumstände (vgl. § 59 StGB.). Nur die tatbestandsmäßige (typische) Handlung, die einem der Tatbestände des besonderen Teils des Strafrechts entsprechende Handlung, ist ein Verbrechen. Der Gesetzgeber hat die Verbrechenstypen positiv bestimmt und in § 2 StGB. alle anderen ausgeschlossen. Die Handlung, die nicht die Artmerkmale irgend einer der typischen Verbrechensarten an sich trägt, wie z. B. das Lesen fremder Bücher, ist als atypisch strafrechtlich unbeachtlich. Welche Elemente im Tatbestande liegen und welche außerhalb, wird, um so den Umfang des Tatbestandes an seiner grundlegenden Bedeutung festzustellen, eingehend untersucht. Unter dem in der Tat „scharfen Seziermesser" des Verfassers, der die Schuld von der Handlung ausscheidet und auch den Erfolg herausnimmt, wird die Handlung, d. i. die Körperbewegung oder Nichtbewegung, zum „blutleeren Gespenst". Zur Handlung sei nichts erforderlich, als daß die Regung oder Nichtregung vom menschlichen Willen getragen sei. Das Verbrechen sei 1. eine Handlung, die 2. tatbestandsmäßig, 3. rechtswidrig, 4. schuldhaft ist, 5. einer auf sie passenden Strafdrohung unterfällt und 6. den Strafdrohungsbedingungen (z. B. Begehung im Inlande, Konkurseröffnung) genügt. Im Gegensatze zum bisherigen „allgemeinen Tatbestand", der auch die Rechtswidrigkeit als (positives oder negatives) Tatbestandsmerkmal in sich schließt, wird diese ausgeschieden und selbständig neben den Typus gestellt.

Die innerliche Beziehung des Täters zur tatbestandsmäßigen Handlung, die Schuld, bilde ein weiteres selbständiges Verbrechenselement; man könne gerade so gut schuldhaft wie schuldlos einen Menschen töten, unter Mißhandlung im Sinne des § 223 StGB. sei dasselbe zu verstehen wie im § 230. Der Tatbestand selber sei objektiv. — Zum Vorsatz verlangt Beling (gegen Frank und v. Liszt,) das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, weil alle objektiven Merkmale von der psychischen Beziehung des Täters umfaßt sein müßten. Außerdem gehöre zum Vorsatz der Wille, tatsbestandsmäßig, rechtswidrig zu handeln (Willenstheorie). Auf die interessanten Folgerungen hinsichtlich Fahrlässigkeit, Irrtum, Versuch (Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs) einzugehen, ist an dieser Stelle unmöglich.

Das Verhältnis der Typen zueinander verwendet B. auch zur Lösung des Problems der Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. Die gleichartige Idealkonkurrenz sei kein Konkurrenzfall, sondern einfach typische einheitliche Handlung, ausgezeichnet nur durch eine Verstärkung der konkreten Momente (verstärkte potenzierte Tatbestandsmäßigkeit). Erste Voraussetzung für die Bildung einer „Tateinheit" sei Identität des Typus, dem die Handlungen subsumiert werden sollen. Aber auch die Strafdrohung komme in Betracht. Für den Fall, daß der Täter eine Vorgesetztennötigung (§ 96 MStGB.) zuerst ohne, dann unter Mißbrauch der Waffe (§§ 53, 55) verübt hat, hält B. es für an sich möglich, eine Tateinheit (aus Handlungen direkt typischer Art und Handlungen, die einer qualifizierenden oder privilegierenden Erscheinungsform desselben Typus unterfallen) zu bilden; aber man müsse trotz des tatbestandlichen Zusammenhangs auf die Zusammenlegung verzichten, wegen der auseinanderstrebenden Strafdrohungen. Sonst blieben entweder die Qualifikations- oder die Privilegierungsmomente (vgl. RMG. 497) unbeachtet. Sehr beachtenswert, aber einem kurzen Referat ebenfalls fast unzugänglich sind auch die Ausführungen des Verfassers zum fortgesetzten Delikt. B. erweisen sich der Gesamtvorsatz und Fortsetzungsentschluß als Truggeister. Der Gesamtvorsatz begründe weder die Tateinheit noch zerstöre sein Fehlen sie. Fahrlässiges Tun sei der Bildung eines fortgesetzten Deliktes nicht entgegen. Der faktische Zusammenhang sei es, der überall die sukzessive Tateinheit bedinge. Es liege z. B. eine einzige Münzfälschung auch dann vor, wenn die Anfertigung der einzelnen Geldstücke durch monate- vielleicht jahrelange Unterbrechung getrennt war; ein einziger Zweikampf, wenn die Parteien den abgebrochenen Zweikampf nach Monaten zu Ende auskämpfen. Dagegen werde es kaum möglich sein, zwei durch drei Monate getrennte Diebsgriffe zur einheitlichen Tat zusammenzufassen. An der Hand des § 9 MStGO. zeigt B. die Möglichkeit prozessualer Zerreißung materieller Einheit von teils vor, teils nach dem Einberufungstage begangenen Handlungen. Ein Teil der Tat sei dem Blicke des [nicht zuständigen] Gerichts wie durch eine partielle Mondfinsternis entzogen. Das Ganze aber bleibe materiell eine Tateinheit. Die Rechtskraft der militärgerichtlichen Entscheidung stehe der zivilgerichtlichen Verfolgung des nicht abgeurteilten Teiles der Tat nicht entgegen, da letzterer prozeßrechtlich nicht abgeurteilt werden konnte. Das nunmehr aburteilende Gericht müsse in Beachtung der Tateinheit eine einheitliche Strafzumessung vornehmen und die im ersten Urteil erkannte Strafe in Anrechnung bringen (Vgl. zu dieser interessanten Frage RGSt. 32, 57 Ref.). — An die Lehre von der Handlungenzusammengehörigkeit schließt sich die von der Täterzusammengehörigkeit. Die Teilnahmelehre gründe weder auf der Mitverursachung des Erfolgs, noch auf der Rechtswidrigkeit oder Norm, noch auf „Schuldzusammenhang" oder auf der Gemeinsamkeit der Strafdrohungsbedingung. B. glaubt vielmehr in der Zurückführung auf den Tatbestand die schmerzlich vermißte sichere Basis gefunden zu haben. „Denn weshalb leugnet man denn die Mittäterschaft, wenn

etwa A. und B. brüderlich vereint nach vorher abgekartetem Plane zusammenhandelnd, der A. den X. mißhandelt und der B. das Haus des Y. in Brand steckt? Doch einfach aus dem Grunde, weil sich die Tätigkeiten so scheiden, daß ungeachtet aller „gemeinschaftlichen Ausführung“ für A. nur der Tatbestand der Körperverletzung, für B. nur der der Brandstiftung in Betracht kommt und es also an einem Verbrechenstypus fehlt, auf den sowohl die Tätigkeit des A., wie die des B. bezogen werden konnte.“ Da es aber mit der bloßen Tatbestandseinheit nicht getan ist, muß Belings Theorie auch hier wieder die Formel vom „faktischen Zusammengehören der Handlungen“ aufnehmen. De lege fer. wendet sich Verfasser mit Recht gegen „den gleißenden Schein der Vereinfachung des Strafrechts“ durch Streichung des Teilnahmebegriffs. Als besondere Typen möchte er Begünstigung, Partiererei, Nachwucher usw. verschwinden lassen. Er bringt diese Handlungen unter den Begriff der „Nachhandlung“, „Nachtäterschaft“, die er neben die Teilnahme stellt und in ausführlicher Begründung entwickelt. Das geltende Recht kenne als Fälle der Täterzusammengehörigkeit nur Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe. Wer eine Nachhandlung begehe (Veräußern, Erwerben der gestohlenen Sachen usw.), werde entweder zum Täter eines ganz anderen Verbrechens oder entschlüpfe unmotiviert der Bestrafung. Grundsätzlich müsse jedes rechtswidrige Festhalten oder Verlängern eines durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen reparablen Zustandes als Erscheinungsform des Vortattypus zur Strafe gezogen werden. Wo der Typus eine Militärperson, einen Beamten fordert, da wäre auch als Nachtäter (Militärdeliktsnachtäter u. s. w.) strafbar, wer jenen persönlichen Erfordernissen nicht entspräche. Auch hält er es für wünschenswert, daß, wie in § 55 MStGB. Straferhöhungs- (Strafminderungs-) gründe stets nur als Erscheinungsformen mit bloß relativer Strafdrohung aufträten. Sowohl für §§ 48, 49, 50, 111 I StGB. wie für § 49a, 159, 111 II, 112 StGB. (erfolglose Aufforderungen) macht B. Ersatzvorschläge. Namentlich § 112 StGB., der in §§ 99, 100 MStGB. Ergänzung findet, berührt das militärische Interesse.[1]) Die Ständestrafrechte bezeichnet B. als integrierende Bestandteile des deutschen Strafrechts. Er verlangt Einarbeitung ihrer Sätze in das Strafrecht derart, daß Klarheit darüber besteht, ob die Zugehörigkeit des Täters zu einem bestimmten Stande (seine Eigenschaft als Militärperson, als Gewerbetreibender usw.) tatbestandlicher Natur ist oder die Rechtswidrigkeit davon abhängt oder ob sie eine Strafdrohungsbedingung oder eine persönliche Strafbarkeitsbedingung darstellt. Den Ausbruch des Krieges rechnet B. (S. 54, 375, 431) zu den rein objektiven Strafdrohungsbedingungen, die keinerlei Beziehung zur Person des Täters haben, von der Schuld also nicht umschlossen seien (S. 54, 375, 431 vgl. 180). An anderer Stelle (195, 243, 259) rechnet er ein solches Ereignis zu den nicht tatbestandsfremden, die dem Täter bekannt gewesen sein müssen. Die Brücke ist wohl der Satz (59, 260), daß die Einzelauslegung auf Grundlage des betr. Strafgesetzes (vgl. auch §§ 9, 155 MStGB.) entscheiden muß.

Das Beling'sche Werk macht den Tatbestandsbegriff in überraschender Weise fruchtbar und kann auf ihm in staunenswerter Geschlossenheit die Lehre von Verbrechen aufbauen. Die Typentheorie tritt als wissenschaftliche Weiterführung des Strafrechts der Normentheorie würdig an die Seite. Daß das Buch in den Streit der Meinungen hineinführt, spricht, wie die Vorrede mit gutem Recht bemerken darf, nicht gegen, sondern für seine Brauchbarkeit. Die häufigen Beispiele erleichtern das Verständnis.

Militäranwalt Weigel.

1. **Brand, Dr. A.**, Amtsrichter in Wilmersdorf. Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis.
2. **Fischer L.**, Amtsgerichtsrat in Berlin. Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO. des deutschen Reichs.

Bd. X und XI der Hilfsbücher für die gerichtliche Praxis; herausgegeben von Dr. W. Peters, Reichsgerichtsrat. Berlin, Verlag von O. Häring, 1906. Geh. Mk. 9.— und Mk. 6.—.

Die beiden Bücher halten sich in der Mittellinie zwischen den gemeinverständlichen Schriften und wissenschaftlichen Lehrbüchern. Sie sollen, wie schon die zahlreich eingefügten Musterbeispiele für Anträge, Verfügungen, Beschlüsse, Eintragungen, Protokolle usw. andeuten, vorwiegend zur Anleitung für den Praktiker dienen. Das Buch von Brand greift etwas tiefer als das von Fischer; es zieht die Literatur und Rechtsprechung heran und beleuchtet auch zweifelhafte Fragen. Fischer dagegen verzichtet auf alle weitläufigeren Auseinandersetzungen und beschränkt die Zitate usw. auf das schlechthin Unentbehrliche. Wohl mit Recht, da er in erster Linie sich an den Anfänger wendet und die ZPO. schon nach allen Richtungen so eingehend durchforscht ist, daß man kein Ende mehr findet, wenn man sich einmal in das Detail vertieft. Nur ist dabei der Nachteil nicht zu vermeiden, daß mitunter bestreitbare Sätze mit dem Anspruch auf unbedingte Geltung auftreten. (Man wird z. B. nicht ohne weiteres „vorschriftsmäßige“ und „geschäftsverteilungsmäßige“ Besetzung ohne weiteres gleichstellen dürfen, wie das auf S. 24 unter III geschieht). Gleichwohl ist das Buch nicht nur dem Studierenden, sondern auch dem Gerichtsschreiber als Leitfaden zu empfehlen. Sein besonderer Vorzug ist wohltuende Klarheit.

von der Pfordten.

Makower, H., Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage bearbeitet von F. Makower, Rechtsanwalt; bisher erschienen Band I in 2 Teilen, umfassend Buch I und II des Gesetzes; 962 Seiten, (Berlin 1906, J. Guttentag'sche Verlagsbuchhandlung) Preis ungebd. 15 Mk.

Der längst rühmlich bekannte und in der Praxis beliebte Kommentar hat auch in seiner neuesten Bearbeitung, soweit sie vorliegt, seine alten Vorzüge bewahrt: wissenschaftliche Systematik, reichhaltige Benützung der Literatur und insbesondere der Rechtsprechung bis zum neuesten Stande, klare verständliche Ordnung des Stoffes, und nicht zum mindesten ständige Berücksichtigung der mit der Zeit fortschreitenden Anforderungen der praktischen Rechtsanwendung. — — tz.

Handbuch für die Anwaltskanzlei. Zusammengestellt und herausgegeben vom Bezirksverband München des bayer. Rechtsanwaltsgehilfen-Verbands. Gebd. Mk. 3,50.

Diese Sammlung ist sehr zweckmäßig; sie enthält 260 Muster für Anträge in Zivilsachen, Konkurssachen und Strafsachen und für den brieflichen Verkehr mit den Parteien usw. Zu rühmen ist die im allgemeinen gute Stilisierung der Formulare. Jedoch finden sich hier und da unschöne Redewendungen, deren Ausmerzung bei Herstellung einer neuen Auflage wir anregen möchten. Auf S. 9 steht z. B. der häßliche Satz: „Der Kläger ist Ausländer und verlange ich von demselben wegen der Prozeßkosten Sicher-

[1]) Max Ernst Mayer vertritt in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, besond. Teil I 388 (1906), die Ansicht, daß Objekt der Aufforderung (Anreizung) im Sinne der §§ 99, 100 MStGB. auch nicht im Dienste befindliche Personen des Beurlaubtenstandes sein könnten. Solche fallen aber nicht unter die „Kameraden“, von denen die Motive sprechen. Die „Kameraden“ müssen dem aktiven Heere angehören; vgl. § 138 MStGB.

heitsleistung." Warum nicht: „Der Kläger ist Ausländer. Ich verlange von ihm Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten."? von der Pfordten.

Parisius, Ludolf, und Dr. Hans Crüger, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Systematische Darstellung und Kommentar nebst Entwürfen von Gesellschaftsverträgen und praktischer Anleitung für die Registerführung. 4. vermehrte Auflage von **Dr. Hans Crüger**. Berlin 1906, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung. 489 S. Mk. 10.—; geb. 11.—.

Das auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittene Buch bietet reichen Inhalt: auf eine kurze Entstehungsgeschichte des Gesetzes, in der sein Hervorwachsen aus den Notwendigkeiten der modernen Handels- und Industrieassoziationen im Gegensatz zu den hierfür nicht immer genügenden schon vorhandenen gesetzlichen Formen dargetan ist, folgt eine nur 50 Seiten umfassende systematische Darstellung, an der besonders die wissenschaftliche Schärfe hervorzuheben ist, mit der die grundlegenden Unterschiede und Vorteile der G. m. b. H. gegenüber den Gesellschaften des Handelsgesetzbuches, Genossenschaften usw. gefaßt sind; hieran schließt sich der eigentliche Kommentar, der sich vor allem durch seine systematische Uebersichtlichkeit auszeichnet. Den Schluß des Buches bildet eine besonders für den Notar erwünschte lehrreiche Sammlung von Mustern von Gesellschaftsverträgen, wobei die einfachsten wie die verwickeltsten und schwierigsten Fälle behandelt sind, endlich auch Beispiele für Registerführung, Veröffentlichungen und Anträge ans Registergericht. — — tz.

Stölzel, Adolf. Schulung für die zivilistische Praxis. 1. Teil (7. Auflage); 2. Teil (4. Auflage). Berlin 1906, Verlag von Franz Vahlen. Preis: 1. Teil broch. Mk. 8.— gebd. Mk. 9.—; 2. Teil, broch. Mk. 10.— gebd. Mk. 11.—.

Der Anfänger, der eine anschauliche Einführung in das Zivilprozeßrecht sucht, der Fortgeschrittene, der die errungene Erkenntnis vertiefen und die Kräfte üben will, der Praktiker, der wieder einmal einen höheren Standpunkt über dem Getriebe des Alltags zu gewinnen trachtet — sie alle kommen bei der Durcharbeitung dieses ausgezeichneten Buches auf ihre Rechnung. Es ist geradezu erstaunlich, mit welcher Lebendigkeit und Frische die als unverdaulich und nüchtern verschrieenen Probleme des Zivilprozesses hier behandelt werden. Ueber den pädagogischen Wert des Buches, insbesondere des 1. Teils, für Studierende und Rechtspraktikanten viel zu sagen, wäre überflüssig. Wichtiger dünkt uns, darauf hinzuweisen, daß viele Fehler der Praxis vermieden würden, wenn dieses Werk mehr als bisher Eingang in Richterkreisen finden würde. — — r — —

Notizen.

Neuerungen in der Regelung des Pfandleihgewerbes. Nach Art. 94 Abs. 1 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten betreffen. Im AG. z. BGB. sind solche landesgesetzliche Vorschriften nicht erlassen worden (Art. 91 AG. z. BGB. geht auf den Vorbehalt in Art. 94 Abs. 2 EG. z. BGB. zurück). Der Geschäftsbetrieb der Pfandleiher war bisher in Bayern durch die Bek. vom 12. August 1879 (GVBl. S. 771) geregelt, die auf der Ermächtigung in § 38 GewO. beruht. § 38 GewO. gestattet den Landeszentralbehörden auch Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes zu ordnen, die mit der Ausübung des Pfandleihgewerbes zusammenhängen, soweit darüber nicht die Landesgesetze Bestimmungen treffen (vgl. Landmann-Rohmer, GewO. 1. Band, 5. Aufl. Bem. 2 und 3a zu § 38). Da nun in Bayern landesgesetzliche Vorschriften bisher nicht bestanden, konnte ohne Inanspruchnahme der gesetzgebenden Faktoren die Bek. vom 12. August 1879 geändert und ergänzt werden. Geschehen ist dies durch die Bek. des Staatsministeriums des Kgl. Hauses und des Aeußern vom 5. November 1906 (GVBl. S. 799), die am 1. Januar 1907 in Kraft tritt. Die Bekanntmachung enthält also gewissermaßen auch Ausführungs-Vorschriften zu Art. 94 Abs. 1 EG. z. BGB. Insbesondere regelt sie in ihren §§ 6 bis 11 den Pfandverkauf. Da ihre zivilrechtliche Bedeutung nicht gering ist, werden die Justizbeamten und die Rechtsanwälte es nicht unterlassen dürfen, sich mit ihren Vorschriften genau bekannt zu machen.

Festsetzung der Kapitalrentensteuer. Das GVBl. enthält in Nr. 69 vom 24. November 1906 eine Bekanntmachung vom 24. November 1906, deren Vorschriften mit den Fragen zusammenhängen, die in der Abhandlung auf S. 453 ff. dieses Jahrgangs der Zeitschrift (Nr. 23) erörtert sind. Sie ordnet an, daß Anfragen über den Beginn eines Rentenbezugs oder einer Rentenmehrung zu unterbleiben haben, wenn Steuerpflichtige aus eigenem Antriebe Kapitalrenten fatieren oder Rentenbezüge freiwillig mit einem erhöhten Betrag in die Fassionsliste einstellen. Es soll in solchen Fällen angenommen werden, daß der Rentenbezug oder die Erhöhung mit dem Zeitpunkte der Fassionsabgabe begonnen habe, und demgemäß bei der Ein- und Umsteuerung dieser Zeitpunkt zugrunde gelegt werden. Durch diese Anordnungen soll den Steuerpflichtigen die nachträgliche Abgabe einer zunächst versäumten Steuererklärung erleichtert und verhütet werden, daß aus Furcht vor Nachholungen Bezüge längere Zeit verschwiegen werden. Erfolgt das Einbekenntnis der Verheimlichung von Rentenbezügen erst im Laufe eines Strafverfahrens oder eines Nachholungsverfahrens oder aus Anlaß der Behandlung eines Erbfalls durch die Erben, so soll eine gleiche Nachsicht nicht geübt werden. In Fällen namhafter Hinterziehungen soll die Strafverfolgung durch die Gerichte veranlaßt werden. (KapRStG. Art. 37, EinkStG. Art. 72 Abs. 2., AG. z. StPO. Art. 90 Abs. 3).

Druckfehlerberichtigung.

In Nr. 23 S. 454 Spalte 2 ist in der 13. Zeile von unten statt „B. B." „Bd. V" zu lesen.

Zur gefl. Beachtung! Die Herren Mitarbeiter werden höfl. gebeten, **alle Einsendungen und Zuschriften** an die Adresse des Verlags: **München, Lenbachpl. 1** richten zu wollen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



Nr. 1. München, den 1. Januar 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum, Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

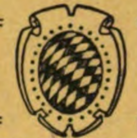
Nr. 2. München, den 15. Januar 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

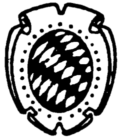
Inhalt:

Nr. 3. München, den 1. Februar 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

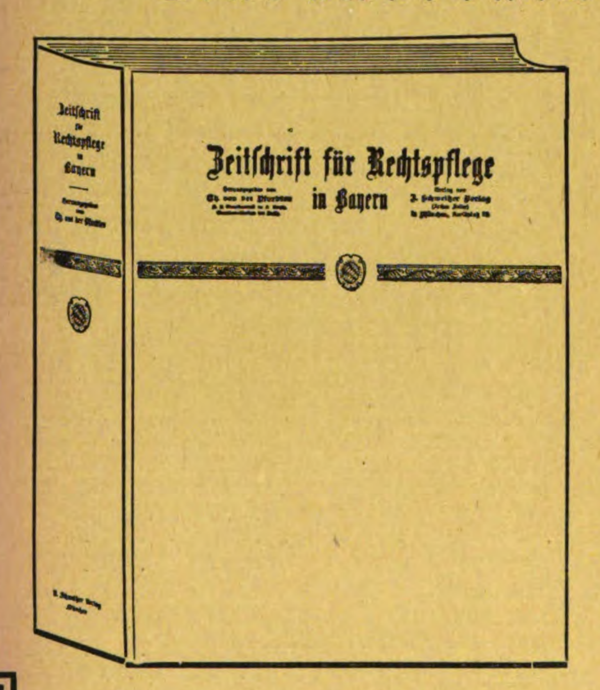
Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Einbanddecken

in Ganzleinen zum I. Jahrgange der **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern** können zum Preise von à **Mk. 1.20** bezogen werden.

Den **neuen Abonnenten** empfehlen wir den Nachbezug des I. Jahrganges, der zum Preise von **Mk. 14.—** gebunden geliefert wird.



Eine Zierde für jeden Schreibtisch

ist der

Sammelkasten

der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Preis Mk. 2.50 postfrei.

Seine besonderen Vorteile sind:

Aeußerst praktische Form: Die Nummern liegen ohne weiteres griffbereit zum Herausnehmen.

Staubfreie Aufbewahrung der erscheinenden Nummern und größte Ordnung.

Gediegene Ausführung (teilweise in Holz), daher nur einmalige Anschaffung auf Jahre hinaus.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben ist vollständig geworden:

Dr. Georg Schmidt, Bezirksamtsassessor im Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern.

Militärgesetze für Bayern

Nach dem Stande vom 20. Dezember 1905.

Preis des vollständigen Werkes (60 Bogen) in Halbfranz gebunden Mk. 12.—.

Nach dem Erscheinen der Buchert'schen Sammlung von Verwaltungsgesetzen hat sich das Bedürfnis gezeigt, die für Bayern geltenden Militärgesetze ebenfalls in einer Handausgabe zu veröffentlichen.

Die vorliegende Sammlung enthält die sämtlichen Militärgesetze die im Dienste der Zivil- und Militär-Verwaltungsbehörden wie der Zivil- und Militärgerichte hauptsächlich Anwendung finden.

Von besonderer Bedeutung für die Verwaltungsbehörden werden die Natural- und Quartierleistungsgesetze, dann die Pferdeaushebungsvorschriften sein.

Die Gesetze sind in 26 Gruppen übersichtlich zusammengefaßt und unter Anwendung ihrer gebräuchlichen Zitierweise alphabetisch geordnet. Jede Gruppe enthält die einschlägigen Ergänzungsbestimmungen. Das Aufsuchen einzelner Vorschriften unter der großen Anzahl von Gesetzen ist durch diese Anordnung und durch die Anfügung des Gesetzesdatums wesentlich erleichtert, **besonders auch durch das sehr ausführliche, alphabetische Sachregister.**

Probelieferungen stehen Interessenten gern zu Diensten.

Nr. 4. München, den 15. Februar 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Schad, Dr. Karl, K. Notar in München.

Kommentar zum Gesetz das

Nachlaßwesen betr.

vom 9. Aug. 1902. Nebst den §§ 86—99 des Reichsgesetzes üb. d. Angelegenh. der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

gr. 8°. (VI, 364 S.) In Ganzleinen geb. **Mk. 6.—.**

Archiv f. bürg. Recht. Bd. 25.

. . . . Das Buch wendet sich vornehmlich an den Praktiker; Gerichten und Notaren wird es gleich willkommen sein, denn die Darstellung ist außerordentlich klar, die Stoffgruppierung übersichtlich; auch die wichtigsten materiellen Gesichtspunkte werden an gelegener Stelle in kurzer Darstellung vorgetragen.

Soeben ist erschienen:

Gesetz, die Fortsetzung der Grundentlastung betr.

nebst den Novellen vom 12. Dezember 1899 und 10. August 1904, den wichtigsten Ministerial-Bekanntmachungen und Entschliessungen, sowie Formularen.

Erläutert von

L. Yblagger,

K. Rentamtmann in Eichstätt.

8°. Kart. Preis **Mk. 1.80.**

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Das bayrische Heimatrecht

mit dem einschlägigen Rechte

der Verehelichung und des Aufenthalts

systematisch dargestellt von

Theodor Kutzer,

I. rechtskundiger Bürgermeister der Stadt Fürth,

gr. 8°. (VIII u. 610 Seiten.) Preis in Ganzleinen gebunden **Mk. 10.—.**

Augsburger Abendzeitung Nr. 215 vom 6. 8. 1904.

. . . . Das Werk, das in seinem letzten Teile auch das pfälzische Heimatrecht darstellt, hat einen doppelten Vorzug; es verbindet wissenschaftliche Darstellung im wahrsten Sinne des Wortes unter sorgfältigster Verwertung der ganzen bisherigen Literatur und Rechtsprechung mit vorzüglicher praktischer Gestaltung und wird für alle, die sich mit dem Heimatrechte und seinen verwandten Materien zu befassen haben, insbesondere den Gemeindeverwaltungen den verlässigsten Führer und Ratgeber bieten . . . .

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Testamente u. Erbverträge in Bayern

nebst einer kurzen Darstellung des gesetzlichen Erbrechtes, des Pflichtteilsrechtes und Nachlaßverfahrens sowie einem **Anhang** enthaltend **Muster für Testamente und Erbverträge**

von **Karl Sauer,**

k. Landgerichtsrat in Würzburg.

8°. XII, 447 S. In Ganzleinen gebd. **Mk. 9.80.**

In diesem Werke gelangt die Errichtung der ordentlichen und außerordentlichen Testamente, namentlich auch der sogen. Dorftestamente, ferner der Erbverträge, eingehend zur Erörterung; hieran reiht sich eine kurze Darstellung des gesetzlichen Erbrechtes, des Pflichtteilsrechtes und des Nachlaßverfahrens.

Eine größere Anzahl von Formularen, die Muster von Testamenten und Erbverträgen enthalten, bildet den Schluß.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

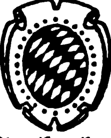
Nr. 5. München, den 1. März 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Karlsplatz 20.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 20. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

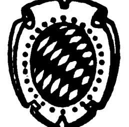
Inhalt:

r. 6. München, den 15. März 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Karlsplatz 29.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Karlsplatz 29. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Stellenanzeigen 20 Pfg. Bei Wiederholungen Rabatt. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Vor kurzem wurde vollständig:

Dr. Georg Schmidt, Bezirksamtsassessor im Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Aeußern.

Militärgesetze für Bayern

Nach dem Stande vom 20. Dezember 1905.

Preis des vollständigen Werkes (60 Bogen) in Halbfranz gebunden Mk. 12.—.

Nach dem Erscheinen der Buchert'schen Sammlung von Verwaltungsgesetzen hat sich das Bedürfnis gezeigt, die für Bayern geltenden Militärgesetze ebenfalls in einer Handausgabe zu veröffentlichen.

Die vorliegende Sammlung enthält die sämtlichen Militärgesetze die im Dienste der Zivil- und Militär-Verwaltungsbehörden wie der Zivil- und Militärgerichte hauptsächlich Anwendung finden.

Von besonderer Bedeutung für die Verwaltungsbehörden werden die Natural- und Quartierleistungsgesetze, dann die Pferdeaushebungsvorschriften sein.

Die Gesetze sind in 26 Gruppen übersichtlich zusammengefaßt und unter Anwendung ihrer gebräuchlichen Zitierweise alphabetisch geordnet. Jede Gruppe enthält die einschlägigen Ergänzungsbestimmungen. Das Aufsuchen einzelner Vorschriften unter der großen Anzahl von Gesetzen ist durch diese Anordnung und durch die Anfügung des Gesetzesdatums wesentlich erleichtert, **besonders auch durch das sehr ausführliche, alphabetische Sachregister.**

Probelieferungen stehen Interessenten gern zu Diensten.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Infolge der Novelle z. GVG. v. 5. VI. 05 werden künftig die Amtsgerichte in höherem Maße wie bisher berufen sein, die Eigennutzdelikte zu behandeln.

Soweit jagdrechtliche Angelegenheiten in Frage kommen, empfehlen wir das Werk

Wirschinger, L. F., K. Bezirksamtmann a. D.

Das Jagdrecht des Königr. Bayern

für das rechtsrhein. Bayern und die Pfalz

systematisch bearbeitet.

gr. 8° (XII, 425 S.) brosch. Mk. 6.80, geb. in Ganzleinen Mk. 8.—.

Urteil:

Blätter für administrative Praxis Bd. LII Nr. 8/9.

Das auf umfassendem und gründlichem Studium der geschichtlichen Entwicklung, der Rechtsnormen, der Literatur und der Rechtsprechung aufgebaute Werk enthält nach einer kultur- und rechtsgeschichtlichen, sehr interessanten Einleitung eine eingehende und klare systematische Darstellung des gesamten öffentlichen und bürgerlichen bayerischen Jagdrechts einschließlich des Wildschadenrechts. Im Anhange sind die gesetzlichen und sonstigen Vorschriften in großer Vollständigkeit abgedruckt. Gerichte, Verwaltungsbehörden, Gemeinden, Forst-, Jagdschutz- und Sicherheitsbeamte, Grundeigentümer und Jäger werden aus dem verdienstvollen Werke reiche Belehrung über die Grundzüge und die mannigfaltige Kasuistik des Jagdrechts schöpfen. K. K.

= Empfohlen im Justizministerialblatt 1902 Nr. 7. =

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben erschien:

Schweitzers

Zettelausgabe

der Gesetze betreffend Aenderungen des

GVG und der ZPO

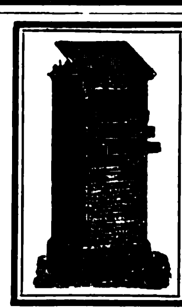
vom 5. Juni 1905.

3. unveränderte Auflage.

= Preis 50 Pfg. =

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München





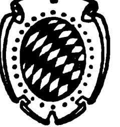


Nr. 7. München, den 1. April 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Beilagen.

Unserer heutigen Nummer liegt eine Preisliste der Zigarrenfabrik **Joh. Kirking in Orsoy a. Niederrhein** bei. Wir empfehlen diese Beilage der besonderen Beachtung unserer verehrlichen Leser. 90

Was ein Anastigmat leistet. Viele sind sich über die optische Leistung des Anastigmates nicht im klaren. Sollen einwandfreie Bilder erzielt werden, muß das Aufnahmeobjektiv zwei Eigenschaften besitzen: Lichtstärke und Randschärfe. Diese beiden vornehmsten Tugenden vereinigt der Anastigmat in sich. Die anderen Objektive besitzen stets nur eine der Eigenschaften, ist Lichtstärke vorhanden, fehlt Randschärfe und umgekehrt. Doch nicht alle Anastigmate sind gleichwertig, ebenso verschiedenartig wie die Konstruktion ist die Leistungsfähigkeit. Unter den neueren Konstruktionen haben sich neben denen von Goerz die Aristostigmate von Meyer, Görlitz einen ehrenvollen Platz gesichert. Beide Objektiv-Typen werden in die bekannten Union-Cameras der Firma Stöckig & Co., Dresden, Bodenbach, Zürich ausschließlich montiert und dadurch haben sich diese Apparate schon seit Jahren eine führende Stellung auf dem Camera-Markte erobert. Wer sich für die Photokunst interessiert, schenke dem Prospekt Beachtung, der der vorliegenden Nummer beiliegt. 99

Soeben erschien:

Schweitzers

Zettelausgabe

der Gesetze betreffend Aenderungen des

GVG und der ZPO

vom 5. Juni 1905.

3. unveränderte Auflage.

= Preis 50 Pfg. =

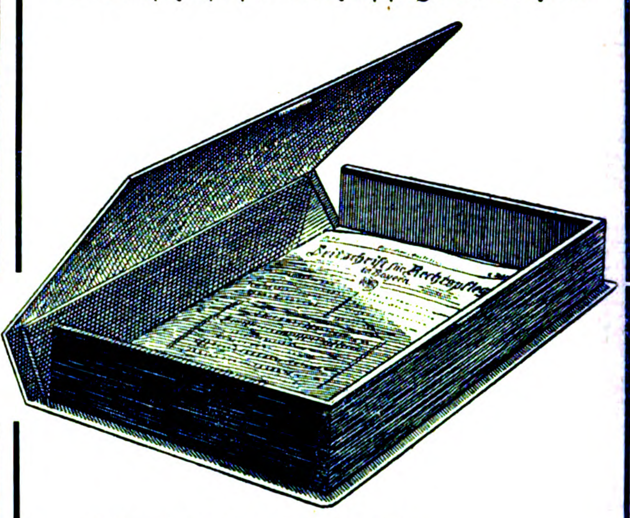
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Eine Zierde für jeden Schreibtisch

ist der untenstehend abgebildete



der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.



Seine besonderen Vorteile sind:

Aeußerst praktische Form: Die Nummern liegen ohne weiteres griffbereit zum Herausnehmen.

Staubfreie Aufbewahrung der erscheinenden Nummern und größte Ordnung.

Gediegene Ausführung (teilweise in Holz), daher nur einmalige Anschaffung auf Jahre hinaus.

Preis Mk. 2.50 postfrei.

In ähnlicher Ausstattung ist eine **Einbanddecke** zum I. Jahrgang der **„Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern“** erschienen, die zum Preise von **Mk. 1.20** bezogen werden kann.

Bei allen Anknüpfungen mit den inserierenden Firmen bitten wir auf die **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern** Bezug zu nehmen.

Jahrgang 1905

der **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern** eleg. in Ganzleinen gebd. wird zum Preise von Mk. **14.**— nachgeliefert.

Professor **Dr. Jaeger-Leipzig** schreibt über diesen Jahrgang in den **Literar. Mitteilungen**:

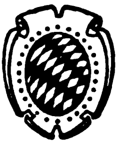
Das beigegebene Register gibt Rechenschaft über die reiche und fruchtbringende Arbeit dieses ersten Jahres. Redaktion und Verlag versprechen in der ersten Nummer, in der BayZfR. unter Berücksichtigung der speziellen bayerischen Bedürfnisse den bayerischen Juristen ein lebendiges Bild der Gestaltung des Rechts zu bieten und deren wissenschaftliche Betätigung zu fördern; diesem Programme ist der I. Jahrgang vollauf gerecht geworden.

Nr. 8. München, den 15. April 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Einbanddecken



in Ganzleinen zum I. Jahrgange der **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern** können zum Preise von à **Mk. 1.20** bezogen werden.

Den **neuen Abonnenten** empfehlen wir den Nachbezug des I. Jahrganges, der zum Preise von **Mk. 14.—** gebunden geliefert wird.

In ähnlicher Ausstattung ist ein **Sammelkasten** für die ZfR. erschienen, der zum Preise von **Mk. 2.50** postfrei bezogen werden kann.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) **München**

Bei allen Anknüpfungen mit den inserierenden Firmen bitten wir auf die **Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern** Bezug zu nehmen.

J. Schweitzer Sortiment (Arthur Sellier) München

Buchhandlung, Antiquariat und Leihinstitut für Rechts- und Staatswissenschaften

bietet, solange der Vorrat reicht, in gut erhaltenen antiquarischen Exemplaren an:

Becher, Ausführungsgesetze des D. Reichs. 2 Bde. u. Nachtrag, Origbd., M. 18.—.
Buchka, Bürgerl. Recht u. Gemeines Recht, 3. Aufl., Origbd. M. 2.50.
Dernburg, Recht d. Schuldverhältnisse, 1/2. Aufl., Hfz., M. 6.—.
Dernburg, Sachenrecht, 2. Aufl., Hfz., M. 4.—.
Endemann, Handb. d. Handelsrechts, 4 Bde., Hfz., M. 55.—.
Entscheid. d. RG. in Zivilsachen, Bd. 1/50 u. Reg., Origbde., M. 160.—.
Dass., **Neue Folge**, Bd. 1/10, Origbde., M. 40.—.
Dass., **Strafsachen**, Bd. 1/37 u. Reg., Origbde., M. 100.—.
Entscheid. d. R.-Oberhandelsgerichts, 25 Bde. u. Reg., geb., M. 25.—.
Fischer, Abhandlg. z. Privatrecht, Bd. I/X, geb., M. 50.—.
Hölder, Komm. z. BGB., Bd. I, II, 1 (Allg. Teil u. Schuldverh. 1), Origbd., M. 12.—.
Motive z. Entw. e. BGB., 5 Bde. u. Reg., Hlw., M. 12.—, Hfz. M. 18.—.
Mugdan, Materialien z. BGB., 5 Bde. u. Reg., Origbde., M. 50.—.
Neumann, Handausg. d. BGB., 3. Aufl., 3 Bde., Hfz., M. 12.—.
Oertmann, Bayer. Landespriv.R., geb., Mk. 10.—.
Parisius-Crüger, Komm. z. Genossensch.-Gesetz, 4. Aufl., 1903, Origbd. M. 8.—.
Petersen-Anger, Komm. z. ZPO., 4. Aufl., 2 Bde., geb., M. 25.—.
Planck, Komm. z. BGB., 1/2. Aufl., 6 Bde. u. Reg., geb., M. 40.—.
Protokolle, d. Kommiss. f. d. 2. Lesg. d. Entw. e. BGB., 6 Bde. u. Reg., Hlw., M. 15.—, Hfz. M. 20.—.
Das **„Recht"**, Jahrg. 1902/04, Origbd., à M. 5.—.
Roth-Becher, Bayer. Civilrecht, 2. Aufl., 3 Bde., Hfz., M. 30.—.
Sächs. Archiv f. Bürgerl Recht, Bd. 6/11 u. Ergsbd., geb., M. 35.—.
Seufferts Archiv, Verkürzte Ausg., 6 Bde. u. Reg., Origbde., M. 40.—.
Seufferts Komm. z. ZPO., 8. Aufl., 2 Bde., geb., M. 15.—.
Staub, Komm. z. HGB., 6/7. Aufl., 1900, 2 Bde., Hfz., M. 18.—.
Staub, GmbH., geb., M. 8.—.
Staudingers Komm. z. BGB., 1. Aufl., 6 Bde. u. Reg., Origbde., M. 30.—.
Stenglein, Strafr. Nebengesetze, 3. Aufl., Hfz., M. 24.—.
Verwaltungsarchiv, Bd. I/XIII, geb., M. 100.—.
Weißler, Komm. z. Gesetz betr. freiw. GBR., 1900, geb., M. 3.50.
Jur. Wochenschrift, 1872/1905 u. Reg., geb., M. 250.—.
Sammlung v. Entsch. d. BayObLG. in Zivils., Neue Folge, Bd. I/V, 1900/1905, geb., (102.—) M. 70.—.

Telegramm-Adresse: Schweitzer Sortiment München.

Jahrgang 1905 der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

eleg. in Ganzleinen gebd. wird zum Preise von **Mk. 14.—** nachgeliefert.

Ueber diesen Jahrgang schreiben die **Literar. Mitteilungen**:

Das beigegebene Register gibt Rechenschaft über die reiche und fruchtbringende Arbeit dieses ersten Jahres. Redaktion und Verlag versprechen in der ersten Nummer, in der BayZfR. unter Berücksichtigung der speziellen bayerischen Bedürfnisse den bayerischen Juristen ein lebendiges Bild der Gestaltung des Rechts zu bieten und deren wissenschaftliche Betätigung zu fördern; diesem Programme ist der I. Jahrgang vollauf gerecht geworden.



Apoth. Kanoldt's
Tamarinden
(mit Schokolade umhüllte, erfrischende abführende Fruchtpastillen) sind das angenehmste und wohlschmeckendste
Laxativ
f. Kinder u. Erwachsene.
Schacht. (6 St.) 80 Pf., einzeln 15 Pf.
in fast allen Apotheken.
Allein echt, wenn von Apoth. C. Kanoldt Nchf. in Gotha.
97a

Nr. 9. München, den 1. Mai 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Diese Nummer enthält einen Artikel über den

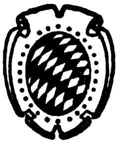
Entwurf eines Gesetzes betr. die Ueberleitung von Hypotheken.

Nr. 9. München, den 1. Mai 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

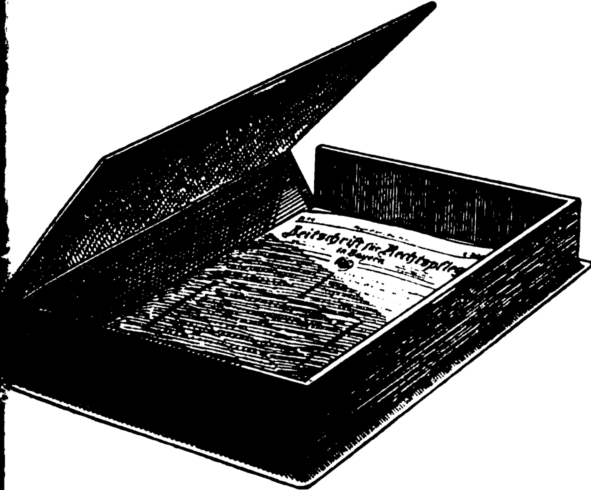
Inhalt:

Eine Zierde für jeden Schreibtisch

ist der untenstehend abgebildete

Sammelkasten

der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.



Seine besonderen Vorteile sind:

Aeußerst praktische Form: Die Nummern liegen ohne weiteres griffbereit zum Herausnehmen.

Staubfreie Aufbewahrung der erscheinenden Nummern und größte Ordnung.

Gediegene Ausführung (teilweise in Holz), daher nur einmalige Anschaffung auf Jahre hinaus.

Preis Mk. 2.50 postfrei.

In ähnlicher Ausstattung ist eine **Einbanddecke** zum I. Jahrgang der **„Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern“** erschienen, die zum Preise von **Mk. 1.20** bezogen werden kann.

J. Schweitzer Sortiment

(Arthur Sellier).

Buchhandlung
Antiquariat, Leihinstitut
für Rechts- und Staatswissenschaften

Ankauf von Werken und Bibliotheken.
Kataloge kostenfrei.

MÜNCHEN
Karlsplatz 29
nächst dem Justizpalast.

Namhafte Praktiker, die **„Kanoldt's Tamarinden-Konserven“** aus **Gotha** seit Jahren in Anwendung gezogen haben, bestätigen die sichere und prompte Wirkung dieses wohlschmeckenden Laxativs bei **Verstopfung, Hartleibigkeit, Hämorrhoiden, Leberleiden, Kongestionen etc.**

Sie sind in Schachteln (6 Stück) für 80 Pf., auch einzeln für 15 Pf. **aus fast allen Apotheken** zu beziehen.

975

F. Keidel, k. Bezirksamtmann in Illertissen:

Der Wirkungskreis der Amtsanwälte in Bayern.

Sammlung von Verordnungen und Ministerialerlassen über die Behandlung der den Amtsanwälten zugewiesenen Geschäfte.

X u. 237 Seiten. Preis kart. Mk. 4.—.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben erschien:

Dr. jur. A. Schlecht

Das Recht der Elektrizität.

Gr. 8°. VIII und 174 Seiten.

In eleg. Ganzleinen geb. Mk. 4.20.

Ein einheitliches Elektrizitätsrecht besitzen wir in Deutschland noch nicht. Es existieren nur, zerstreut in den verschiedenen Rechtsgebieten, einzelne Gesetzesbestimmungen, die das Recht der Elektrizität notdürftig regeln. Was hiervon allgemeine Geltung hat, ist in vorliegendem Buche zum erstenmal übersichtlich zusammengestellt und erläutert. Bei der immer steigenden Bedeutung, die der elektrischen Kraft im deutschen Wirtschaftsleben zukommt, ist die Kenntnis des für sie geltenden Rechts unentbehrlich.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Nr. 10. München, den 15. Mai 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

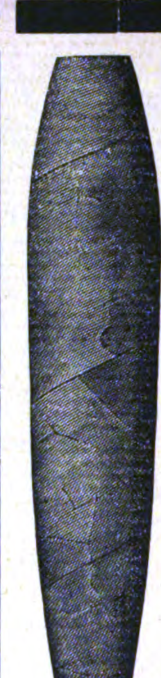
Diese Nummer enthält eine Abhandlung über den

Einfluß des Gesetzes betr. die

Überleitung von Hypotheken

auf die

Zwangsversteigerung.



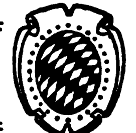


r. 10. München, den 15. Mai 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Beilagen.

150 000 Raucher ist gewiß ein großes Heer. Die Firma **Heinrich Müller,** Bremer Zigarrenfabrik, **Bremen** genießt das Vertrauen, sich von Vereinen mit dieser stattlichen Mitgliederzahl Vertrags-Lieferant nennen zu dürfen. Mit Recht dürfen wir daher wohl unsere Abonnenten auf die unserer heutigen Nummer beiliegende Spezial-Offerte dieser Firma aufmerksam machen. Die vielen Anerkennungen und Nachbestellungen sind ein Beweis größter Leistungsfähigkeit. Gemäß den günstigen Bezugsbedingungen ist ein Risiko völlig ausgeschlossen; ein Auftrag wird sicherlich zur dauernden Verbindung führen. 92

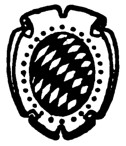
Die billigen Photo-Apparate verschwinden. is vor wenigen Jahren war es nicht handelsüblich, den ufern photographischer Apparate Zahlungserleichterungen bewilligen und die Folge hiervon war, daß viele billige, nderwertige Apparate gekauft wurden, sehr zum Schaden r Photokunst. Seit jedoch einige Großfirmen den Verkauf lbst der besten Apparate gegen monatliche Zahlungen in e Hand genommen haben, ist ein erfreulicher Umschwung ngetreten. Wie sehr die neue Verkaufsmethode, die natürch eine besondere Organisation und große Kapitalkraft verngt, einem Bedürfnis entgegengekommen ist, beweist die norme Entwicklung der in Frage kommenden Firmen. Tonngebend für den Verkauf gegen erleichterte Zahlung ist der amera-Großvertrieb „Union", Hugo Stöckig & Co., dessen ertriebsgebiet drei Länder umfaßt: Deutschland mit Sitz resden, Oesterreich-Ungarn mit Sitz Bodenbach und die chweiz mit Sitz Zürich. Diese Firma liefert seit zwei ahren ihre bekannten Union-Cameras ausschließlich mit nastigmaten der Weltfirmen Goerz-Berlin, sowie Meyerrlitz, und zwar zu Bedingungen, wie sie entgegenkommender cht denkbar sind. Der neueste Camera-Prospekt liegt uner heutigen Nummer bei. 99

Nr. 11. München, den 1. Juni 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Soeben erschien:

Karl Buchert,

Rat des Kgl. bayer. Verwaltungsgerichtshofes

Sammlung in der Praxis oft angewandter

Verwaltungs-Gesetze

nebst einer Anzahl derartiger Verordnungen &c.

für Bayern.

Unter Berücksichtigung aller bisherigen Aenderungen nach dem nunmehr gültigen Texte mit Beifügung eines Sachregisters zusammengestellt.

2. vermehrte und ergänzte Auflage.

4. Lieferung. Gr. 8°. 30 Bg. Preis Mk. 3.—.

Die erste Auflage dieses Werkes, das den bayerischen Verwaltungsbeamten unentbehrlich geworden ist, ist vollständig vergriffen. Die zweite Auflage folgt in ihrer Anlage dem bewährten Muster der ersten. Gesetzesänderungen sind sorgfältigst nachgetragen, neue Gesetze hinzugefügt. Die Fertigstellung wird mit allen Kräften beschleunigt; im Juni ds. Js. wird sie vollendet sein. Der Gesamtpreis soll bei ca. 90 Bogen Umfang etwa Mk. 10.— betragen.

Dr. Hans Groß,

o. ö. Prof. a. d. Deutschen Universität Prag.

Handbuch für Untersuchungsrichter

als System der Kriminalistik

4. vermehrte Auflage. Mit über 100 Abbildungen im Text.

2 Bände. Lex 8°. (XVIII u. 951 S.)

Brosch. **Mk.** 18.—, in 2 Ganzleinenbände geb. **Mk.** 20.—.

Aus Urteilen:

Die Polizei 1904 Nr. 2 vom 29. IV. 04.

. . . . . Wir können die Beschaffung dieses Werkes den Behörden nur dringend empfehlen. Es gehört zu dem notwendigsten Handwerkszeug des Kriminalbeamten . . . .

Oesterreichische Richterzeitung 1904 Nr. 3:

Wir erachten es für überflüssig, auf den Inhalt des bahnbrechenden Buches näher einzugehen, da die ersten drei Auflagen ihm die vollste Anerkennung seitens der maßgebenden Kreise bereits gesichert haben. . . . . Das Werk ist dem Untersuchungsrichter unentbehrlich, jedem Juristen nützlich und auch für den Laien interessant.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

In unserem Verlage sind erschienen:

Rehm, Dr. Herm., Univ.-Prof. in Straßburg i. E.

Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H., Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt

nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht. Lex. 8°. (XX, 938 S.) 1903. Brosch. Mk. 27.—, in Halbfranz geb. Mk. 30.—.

Deutsche Juristenzeitung. 1903. Nr. 21.

Mit großem Verständnis behandelt Rehm's Werk alle Bilanzfragen vom buchtechnischen, zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Standpunkte. Es enthält eine wahre Fundgrube zur Lösung von Einzelfragen auf diesem wichtigen Gebiete. Staub.

Frankenburger, Dr. Heinr., Rechtsanwalt u. Justizrat in München.

Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich

(mit Ausnahme des Seerechts) nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe mit Erläuterungen und ausführlichem Sachregister. **2. vollständig umgearbeitete Auflage.** 8°. (XI, 724 S.) 1902. In Ganzleinen geb. Mk. 8.60.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Beilagen.

Der heutigen Nummer ist ein Prospekt der Firma **Gustav Röthe's Verlag** in **Graudenz** über die 7. neu bearbeitete und vermehrte Auflage des „Bürgerlichen Gesetzbuches“ mit Erläuterungen von Landgerichtsdirektor Rosenthal beigefügt, auf den hierdurch noch besonders hingewiesen wird. 109

Der heutigen Nummer ist eine Preisliste der in Bayern rühmlichst bekannten 1. holländischen Zigarrenfabrik **Grobben & Co.** in **Kaldenkirchen** (Rheinland) beigegeben. Wir empfehlen diese Beilage der besonderen Beachtung unserer verehrl. Leser. 108



Triumph!

leicht bis mittelkräftig

Sumatra Decker

mit

St. Felix Brasil

verpackt in 1/10 Kistchen

Probezehntel M. 4.80

ohne Porto.

Jeder Versuch mit dieser Cigarre führt zu dauernder Kundschaft, überaus preiswert bei hervorragenden Eigenschaften.

Joh. Kirking,

nachweisbar
grösste u. älteste holländische
Cigarren- u. Tabakfabrik in

ORSOY 89a

an der holländischen Grenze.

Gegründet 1872.

Karl Wochinger,
rechnungsführ. Kgl. Amtsgerichtssekretär in Nürnberg.

Bayerns Gebührengesetze

umfassend **das Gebührengesetz,**
die Hinterlegungs-Gebührenordnung,
die Gebührenvorschriften der Gerichtsvollzieher,
die Gebührenordnung der Rechtsanwälte

nebst einem Anhang

mit den Texten der Gebührenordnungen für die Notare und pfälz. Hypothekenämter, sowie einer Zusammenstellung älterer noch geltender Gebührenvorschriften, Tabellen und ausführlichem Sachregister. Handausgabe mit Erläuterungen. 8°. (XVI u. 429 S.) 1904. In Ganzleinen gebd. **Mk.** 6.—.

Blätter für das bayer. Finanzwesen. 1904. Nr. 1/2.

„... Die wichtigeren Gebührenbestimmungen sind in eingehender, volle Sachkenntnis bekundender Weise erläutert, wobei deren Motive wiedergegeben wurden und die gerichtliche Rechtsprechung sorgfältige Berücksichtigung fand."

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Schad, Dr. Karl, K. Notar in München.

Kommentar zum Gesetz das Nachlaßwesen betr.

vom 9. Aug. 1902. Nebst den §§ 86—99 des Reichsgesetzes üb. d. Angelegenh. der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

gr. 8°. (VI, 364 S.) In Ganzleinen geb. **Mk. 6.—.**

Archiv f. bürg. Recht. Bd. 25.

.... Das Buch wendet sich vornehmlich an den Praktiker; Gerichten und Notaren wird es gleich willkommen sein, denn die Darstellung ist außerordentlich klar, die Stoffgruppierung übersichtlich; auch die wichtigsten materiellen Gesichtspunkte werden an gelegener Stelle in kurzer Darstellung vorgetragen.



Nr. 12. München, den 15. Juni 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Die vorliegende Nummer enthält eine 8seitige

Sonderbeilage: Aus der Praxis der Gerichte.



Beilagen.

150 000 Raucher ist gewiß ein großes Heer. Die Firma **Heinrich Müller,** Bremer Zigarrenfabrik, **Bremen** genießt das Vertrauen, sich von Vereinen mit dieser stattlichen Mitgliederzahl Vertrags-Lieferant nennen zu dürfen. Mit Recht dürfen wir daher wohl unsere Abonnenten auf die unserer heutigen Nummer beiliegende Spezial-Offerte dieser Firma aufmerksam machen. Die vielen Anerkennungen und Nachbestellungen sind ein Beweis größter Leistungsfähigkeit. Gemäß den günstigen Bezugsbedingungen ist ein Risiko völlig ausgeschlossen; ein Auftrag wird sicherlich zur dauernden Verbindung führen. 92

Gründliche Kenntnis und richtige Behandlung des Stahls ist eine der Hauptbedingungen für die Herstellung erstklassiger Schreibfedern. Die erste deutsche Stahlfederfabrik von **Heintze & Blanckertz, Berlin** fabriziert seit 50 Jahren, verfügt über die gründlichsten Erfahrungen und besitzt Kontrolleinrichtungen, die nach wissenschaftlichen Grundsätzen betrieben, die sicherste Gewähr für vollendete Arbeit bieten. Unter den Winkel-, Kugel-, Rundspitzfedern von Heintze & Blanckertz findet sich für jede Handstellung und Schreibgewohnheit eine passende Stahlfeder. 114

Unserer heutigen Nummer liegt ein Prospekt der Firma **G. Rüdenberg jun., Hannover** über photogr. Apparate bei. Wir empfehlen die Beilage der besonderen Beachtung unserer verehrl. Leser. 102

Die Restbestände der folgenden Werke sind in meinen Besitz übergegangen. Ich offeriere diese, solange der Vorrat reicht, wie folgt:

Dr. Krick
Domkapitular in Passau
Baupflicht u. kirchl. Bauwesen im Kgr. Bayern. 1893. Preis statt Mk. 3.—, Mk. 1.50.

Dr. Freih. von Stengel
K. Univ.-Prof. in München
Verfassungsurkunde des Königr. Bayern. Erläutert. 1893. geb. Preis statt Mk. 3.50, Mk. 1.50.

Die Erbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erläutert an Stammbäumen von einem praktischen Juristen. Strassburg 1898. Preis Mk. 1.50.

J. Schweitzer Sortiment (Arthur Sellier) München,
Buchhandlung, Antiquariat u. Leihinstitut für Rechts- u. Staatswissenschaften.

Vor kurzem erschien:

Dr. jur. A. Schlecht

Das Recht der Elektrizität

Gr. 8°. VIII und 174 Seiten.

In eleg. Ganzleinen geb. Mk. 4.20.

Ein einheitliches Elektrizitätsrecht besitzen wir in Deutschland noch nicht. Es existieren nur, zerstreut in den verschiedenen Rechtsgebieten, einzelne Gesetzesbestimmungen, die das Recht der Elektrizität notdürftig regeln. Was hiervon allgemeine Geltung hat, ist in vorliegendem Buche zum erstenmal übersichtlich zusammengestellt und erläutert. Bei der immer steigenden Bedeutung, die der elektrischen Kraft im deutschen Wirtschaftsleben zukommt, ist die Kenntnis des für sie geltenden Rechts unentbehrlich.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Vor kurzem erschien:

S. Schwab, K. Amtsrichter in Schwabach.

Grundriß des materiellen Liegenschaftsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Unter Berücksichtigung der bayerischen Ausführungs- und Uebergangsvorschriften.

Gr. 8°. (88 Seiten). Preis gebunden in Ganzleinen Mk. 2.80.

Augsburger Abendzeitung Nr. 310 v. 6. XI. 05.

Was das Buch sein will, ein Wegweiser in das neue Liegenschaftsrecht, erfüllt es auch. Die präzise, knappe, systematische Darstellung der Vorschriften über das materielle Liegenschaftsrecht unter Berücksichtigung des landesrechtlichen Teils ist für den Lernenden von Wert; sie ermöglicht aber auch dem Praktiker eine rasche, systematische Information. Und deshalb ist der Grundriß auch für den bayerischen Grundbuchverkehr ein recht brauchbarer Anwendungsbehelf.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Schad, Dr. Karl, K. Notar in München.

Kommentar zum Gesetz das Nachlaßwesen betr.

vom 9. Aug. 1902. Nebst den §§ 86—99 des Reichsgesetzes üb. d. Angelegenh. der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

gr. 8°. (VI, 364 S.) In Ganzleinen geb. **Mk. 6.—.**

Archiv f. bürg. Recht. Bd. 25.

. . . . Das Buch wendet sich vornehmlich an den Praktiker; Gerichten und Notaren wird es gleich willkommen sein, denn die Darstellung ist außerordentlich klar, die Stoffgruppierung übersichtlich; auch die wichtigsten materiellen Gesichtspunkte werden an gelegener Stelle in kurzer Darstellung vorgetragen.



Soeben erschien:

Ortspolizeiliche Vorschriften

der K. Polizeidirektion München vom 6. Okt. 1902

über den Straßenverkehr und den Verkehr in den öffentl. Anlagen.

Mit Berücksichtigung der durch die ortspolizeilichen Vorschriften vom 29. März 1904 und vom 26. Mai 1905 sich ergebenden Abänderungen.

Preis 50 Pfennige.

Zu beziehen durch:

München
Lenbachplatz 1
n. d. Justizpalast
(alte Benennung: Karlsplatz 29.)

J. Schweitzer Sortiment
(Arthur Sellier)
Buchhandlung und Antiquariat für Rechts- u. Staatswissenschaften



Soeben erschien in zweiter unveränderter Auflage:

Beispiele zum Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren

von **Dr. G. Boßert**
Landgerichtsdirektor.

═ **Preis 1 Mk.** ═ 111

J. B. Metzler'sche Buchhandlung, Stuttgart.

****

Reidel, Fr., K. Landgerichtsrat in München.

Handbuch des Verfahrens der Gerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

für Bayern ausschließlich der Registersachen, der Fideikommißangelegenheiten und der standesherrlichen Vormundschaftssachen. gr. 8°. (XII, 403 S.) 1903. In Ganzleinen geb. **Mk. 7.20.**

Jurist. Literaturblatt. 1904. Nr. 2.

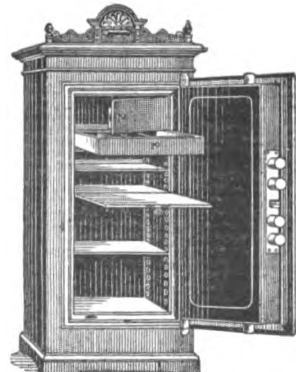
Die Darstellung ist außerordentlich klar und durchsichtig, die Sprache kurz, deutlich und leicht verständlich. Das Buch ist namentlich dem Vormundschafts- und Nachlaßrichter aufs wärmste zu empfehlen. Dr. Fidler.

☛ Vom K. b. Staatsministerium der Justiz ist das Werk für alle Gerichte angeschafft worden. ☚

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München.



Kassenschränke



moderner, starker Bauart, garantiert feuer-, fall- und einbruchsicher, mit Patentprotektor-Verschluss, von M. 115.— an,

Diebessichere Kassetten, Geldkörbe aller Art, **Kopier- und Siegelpressen** empfehlen in grosser Auswahl 106

Schmid & Ege, München, Landwehrstr. 17, gegenüber dem Deutschen Theater

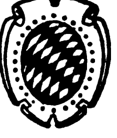
Kataloge gratis und franko zu Diensten.

Nr. 13. München, den 1. Juli 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

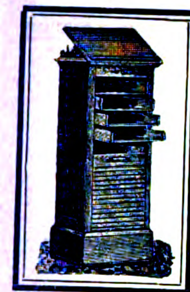
Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:



Akten-Schränke

mit Jalousie-Verschluss (von 45 Mk. an), in elegantester Ausführung u. grösster Stabilität mit herausziehbaren Schubfächern, Sicherheitsschloss etc.
Eine Zierde für jedes Kontor, Bureau oder Arbeitszimmer.
Unentbehrlich für Juristen und Behörden zum Aufbewahren und Wegschliessen wichtiger Akten, Urkunden, Korrespondenzen etc. -- Prima Referenzen.
Man verlange Prospekte und Bedingungen von der billigsten Bezugsquelle:

R. Neubauer & Co., Dresden-A. 21. Gegründet 1894.
Lieferung auch gegen monatl. Ratenzahlung.

Beilagen.

Unserer heutigen Nummer liegt eine Preisliste der Zigarrenfabrik **Joh. Kirking** in **Orsoy a. Niederrhein** bei. Wir empfehlen diese Beilage der besonderen Beachtung unserer verehrlichen Leser. 90

Unserer heutigen Nummer liegt ein Prospekt der Firma **G. Rüdenberg jun., Hannover** über photogr. Apparate bei. Wir empfehlen die Beilage der besonderen Beachtung unserer verehrl. Leser. 102

Gründliche Kenntnis und richtige Behandlung des Stahls ist eine der Hauptbedingungen für die Herstellung erstklassiger Schreibfedern. Die erste deutsche Stahlfederfabrik von **Heintze & Blanckertz, Berlin** fabriziert seit 50 Jahren, verfügt über die gründlichsten Erfahrungen und besitzt Kontrolleinrichtungen, die nach wissenschaftlichen Grundsätzen betrieben, die sicherste Gewähr für vollendete Arbeit bieten. Unter den Winkel-, Kugel-, Rundspitzfedern von Heintze & Blanckertz findet sich für jede Handstellung und Schreibgewohnheit eine passende Stahlfeder. 114

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Schad, Dr. Karl, K. Notar in München.

Kommentar zum Gesetz das Nachlaßwesen betr.

vom 9. Aug. 1902. Nebst den §§ 86—99 des Reichsgesetzes üb. d. Angelegenh. der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

gr. 8°. (VI, 364 S.) In Ganzleinen geb. **Mk. 6.—.**

Archiv f. bürg. Recht. Bd. 25.

. . . . Das Buch wendet sich vornehmlich an den Praktiker; Gerichten und Notaren wird es gleich willkommen sein, denn die Darstellung ist außerordentlich klar, die Stoffgruppierung übersichtlich; auch die wichtigsten materiellen Gesichtspunkte werden an gelegener Stelle in kurzer Darstellung vorgetragen.

Für alle Fälle stellt mein umfangreiches

Leihinstitut

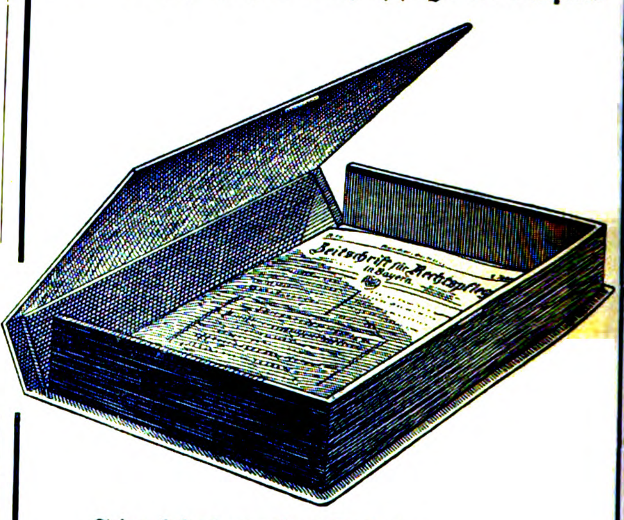
jurist. Literatur sofort zur Verfügung.
Bedingungen stehen kostenfrei zu Diensten.

J. Schweitzer Sortiment
(Arthur Sellier)
Buchhandlung und Antiquariat für Rechts- und Staatswissenschaften
München, Lenbachplatz 1
nächst dem Justizpalast.

Eine Zierde für jeden Schreibtisch
ist der untenstehend abgebildete



der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.



Seine besonderen Vorteile sind:

Aeußerst praktische Form: Die Nummern liegen ohne weiteres griffbereit zum Herausnehmen.

Staubfreie Aufbewahrung der erscheinenden Nummern und größte Ordnung.

Gediegene Ausführung (teilweise in Holz), daher nur einmalige Anschaffung auf Jahre hinaus.

Preis Mk. 2.50 postfrei.

In ähnlicher Ausstattung ist eine **Einbanddecke** zum I. Jahrgang der **„Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern“** erschienen, die zum Preise von **Mk. 1.20** bezogen werden kann.

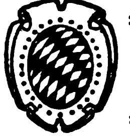


Nr. 14. München, den 15. Juli 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:


Apoth. Kanoldt's
Tamarinden
(mit Schokolade umhüllte, erfrischende abführende Fruchtpastillen) sind das angenehmste und wohlschmeckendste
Laxativ
f. Kinder u. Erwachsene.
Schacht. (6 St.) 80 Pf., einzeln 15 Pf.
in fast allen Apotheken.
Allein echt, wenn von Apoth.
C. Kanoldt Nchf. in Gotha.
97a

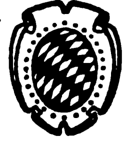

Digitized by Google

. 15 u. 16. München, den 10. August 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten, K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Vor kurzem erschien:

Dr. jur. A. Schlecht

Das Recht der Elektrizität.

Gr. 8°. VIII und 174 Seiten.

In eleg. Ganzleinen geb. Mk. 4.20.

Ein einheitliches Elektrizitätsrecht besitzen wir in Deutschland noch nicht. Es existieren nur, zerstreut in den verschiedenen Rechtsgebieten, einzelne Gesetzesbestimmungen, die das Recht der Elektrizität notdürftig regeln. Was hiervon allgemeine Geltung hat, ist in vorliegendem Buche zum erstenmal übersichtlich zusammengestellt und erläutert. Bei der immer steigenden Bedeutung, die der elektrischen Kraft im deutschen Wirtschaftsleben zukommt, ist die Kenntnis des für sie geltenden Rechts unentbehrlich.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Karl Wochinger,

rechnungsführ. Kgl. Amtsgerichtssekretär in Nürnberg.

Bayerns Gebührengesetze

umfassend das Gebührengesetz,

die Hinterlegungs-Gebührenordnung,

die Gebührenvorschriften der Gerichtsvollzieher,

die Gebührenordnung der Rechtsanwälte

nebst einem Anhang

mit den Texten der Gebührenordnungen für die Notare u. pfälz. Hypothekenämter, sowie einer Zusammenstellung älterer noch geltender Gebührenvorschriften, Tabellen und ausführlichem Sachregister. Handausgabe mit Erläuterungen. 8°. (XVI u. 420 S.) 1904. In Ganzleinen gebd. Mk. 6.—.

Blätter für das bayer. Finanzwesen. 1904. Nr. 1/2.

„. . . Die wichtigeren Gebührenbestimmungen sind in eingehender, volle Sachkenntnis bekundender Weise erläutert, wobei deren Motive wiedergegeben wurden und die gerichtliche Rechtsprechung sorgfältige Berücksichtigung fand."

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Dr. Hans Groß,

o. ö. Prof. a. d. Deutschen Universität Prag.

Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik

4. vermehrte Auflage. Mit über 100 Abbildungen im Text.

2 Bände. Lex 8°. (XVIII u. 951 S.)

Brosch. Mk. 18.—, in 2 Ganzleinenbände geb. Mk. 20.—.

Aus Urteilen:

Die Polizei 1904 Nr. 2 vom 29. IV. 04.

. . . . . Wir können die Beschaffung dieses Werkes den Behörden nur dringend empfehlen. Es gehört zu dem notwendigsten Handwerkszeug des Kriminalbeamten . . . .

Oesterreichische Richterzeitung 1904 Nr. 3:

Wir erachten es für überflüssig, auf den Inhalt des bahnbrechenden Buches näher einzugehen, da die ersten drei Auflagen ihm die vollste Anerkennung seitens der maßgebenden Kreise bereits gesichert haben. . . . . Das Werk ist dem Untersuchungsrichter unentbehrlich, jedem Juristen nützlich und auch für den Laien interessant.

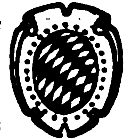
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Nr. 17. München, den 1. September 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:



In Wissenschaft und Praxis erfreut sich uneingeschränkter Anerkennung:

Steiner A., Kgl. Amtsrichter,

Gesetz über die

Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

vom 24. März 1897

unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Ausführungsgesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften nebst Anhang, enthaltend: **Beispiele und gebührenrechtliche Bestimmungen.**

gr. 8°. VIII und 432 Seiten.

Preis in Ganzleinen gebunden Mk. 9.60.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München



Kirkings

Renommée-Marke

MIZI

Probezehntel M. 3.60
ohne Porto.

Sumatra Deckblatt
Brasil Einlage

erfreut sich grösster Beliebtheit.

Joh. Kirking,

nachweisbar
grösste u. älteste holländische
Cigarren- u. Tabakfabrik in

ORSOY 89 b

an der holländischen Grenze.

Gegründet 1872.



Testamente u. Erbverträge in Bayern

nebst einer kurzen Darstellung des gesetzlichen Erbrechtes, des Pflichtteilsrechtes und Nachlaßverfahrens sowie einem **Anhang** enthaltend **Muster für Testamente und Erbverträge**

von **Karl Hauer,**
k. Landgerichtsrat in Würzburg.

8°. XII, 447 S. In Ganzleinen gebd. **Mk. 9.80.**

In diesem Werke gelangt die Errichtung der ordentlichen und außerordentlichen Testamente, namentlich auch der sogen. Dorftestamente, ferner der Erbverträge, eingehend zur Erörterung; hieran reiht sich eine kurze Darstellung des gesetzlichen Erbrechtes, des Pflichtteilsrechtes und des Nachlaßverfahrens.

Eine größere Anzahl von Formularen, die Muster von Testamenten und Erbverträgen enthalten, bildet den Schluß.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Nr. 18. München, den 15. September 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

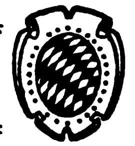
Inhalt:

Nr. 19. München, den 1. Oktober 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

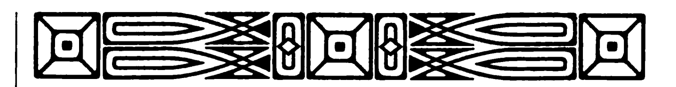
Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.

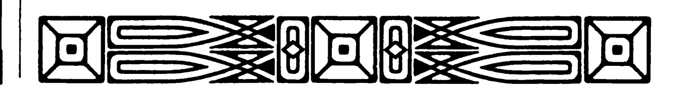


Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:







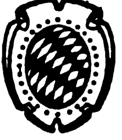
Jn jedem
Hause
wo gute Musik
gepflegt wird.
sollte eine
Haus-
Orgel
Amerik. Harmonium
zu finden sein.
Herrlich. Orgelton
Prächt. Ausstattung
Preis v. 78 Mk. an
Jllustr. Katalog gratis
Alois Maier
Hoflieferant
Gegr. 1846
FULDA 52
105

Nr. 20. München, den 15. Oktober 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Soeben erschien:

Schweitzer's Zettelausgabe

der bayer. Gesetze vom 22. Dezember 1903 und vom 20. August 1906, betr.

die Aenderung des Gebührengesetzes.

— Preis 50 Pfg. —

Diese Zettelausgabe soll zunächst zur bequemen Ergänzung der Wochinger'schen Handausgabe der bayerischen Gebührengesetze dienen. Sie wird aber auch mit Nutzen bei anderen Ausgaben Verwendung finden.

Die Zettel sind nur auf einer Seite bedruckt, sodaß die einzelnen Artikel bequem abgetrennt und an den entsprechenden Stellen der betreffenden Ausgabe eingelegt oder eingeklebt werden können.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Karl Wochinger,
rechnungsführ. Kgl. Amtsgerichtssekretär in Nürnberg.

Bayerns Gebührengesetze

umfassend **das Gebührengesetz,**
die Hinterlegungs-Gebührenordnung,
die Gebührenvorschriften der Gerichtsvollzieher,
die Gebührenordnung der Rechtsanwälte

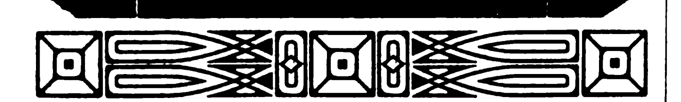
nebst einem Anhang

mit den Texten der Gebührenordnungen für die Notare und pfälz. Hypothekenämter, sowie einer Zusammenstellung älterer noch geltender Gebührenvorschriften, Tabellen und ausführlichem Sachregister. Handausgabe mit Erläuterungen. 8°. (XVI u. 429 S.) 1904. In Ganzleinen gebd. **Mk. 6.—.**

Blätter für das bayer. Finanzwesen. 1904. Nr. 1/2.

„... Die wichtigeren Gebührenbestimmungen sind in eingehender, volle Sachkenntnis bekundender Weise erläutert, wobei deren Motive wiedergegeben wurden und die gerichtliche Rechtsprechung sorgfältige Berücksichtigung fand."

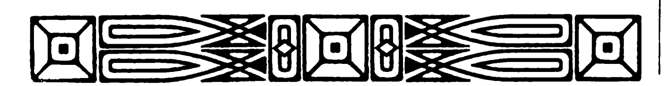
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München



Rossberg'sche Verlagsbuchhandlung in Leipzig.

BGB.	erläutert durch die Rechtsprechung	888 Seiten. In Leinwand gebd. 7 M.
	von	—
ZPO.	**Dr. Otto Warneyer,** Amtsrichter in Leipzig.	722 Seiten. In Leinwand gebd. 5.60 M.

Die im vorigen Jahre erschienene Handausgabe des BGB. hat eine so günstige Aufnahme und über Erwarten schnelle und weite Verbreitung gefunden, dass der Verfasser den zahlreichen Wünschen, in gleicher Weise die ZPO. zu bearbeiten, Folge geleistet hat. Für den Richter und Anwalt dürften diese Ausgaben geradezu unentbehrlich sein.



Gesetz, die Überleitung von Hypotheken betr.

vom 15. Mai 1906.

Mit einem Anhange:

Die Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren.

Für den praktischen Gebrauch erläutert von

Dr. J. F. Koch,
Kgl. Amtsrichter in München.

— Preis gebunden **Mk. 1.40.** —

Bei der außerordentlichen Wichtigkeit und Schwierigkeit der Materie wird diese kleine praktische Handausgabe allen, die mit der Anwendung der neuen gesetzlichen Vorschriften zu tun haben, sehr willkommen sein. Die Darstellung berücksichtigt eingehend das gesamte einschlägige Material aus Literatur und Rechtsprechung, sie wird den Bedürfnissen der Praxis in jeder Weise gerecht und zwar ganz besonders durch gutgewählte Beispiele.

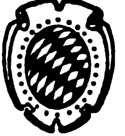
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Nr. 21. München, den 1. November 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

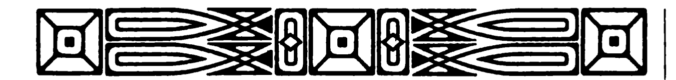


Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

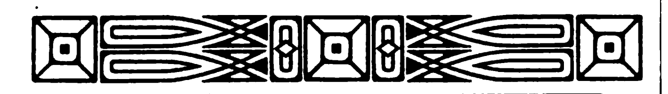




Rossberg'sche Verlagsbuchhandlung in Leipzig.

BGB.	erläutert durch die Rechtsprechung	888 Seiten. In Leinwand gebd. 7 M.
	von	—
ZPO.	**Dr. Otto Warneyer,** Amtsrichter in Leipzig.	722 Seiten. In Leinwand gebd. 5.60 M.

Die im vorigen Jahre erschienene Handausgabe des BGB. hat eine so günstige Aufnahme und über Erwarten schnelle und weite Verbreitung gefunden, dass der Verfasser den zahlreichen Wünschen, in gleicher Weise die ZPO. zu bearbeiten, Folge geleistet hat. Für den Richter und Anwalt dürften diese Ausgaben geradezu unentbehrlich sein.



Gesetz, die Überleitung von Hypotheken betr.

vom 15. Mai 1906.

Mit einem Anhange:

Die Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren.

Für den praktischen Gebrauch erläutert von

Dr. J. B. Koch,

Kgl. Amtsrichter in München.

— Preis gebunden Mk. 1.40. —

Bei der außerordentlichen Wichtigkeit und Schwierigkeit der Materie wird diese kleine praktische Handausgabe allen, die mit der Anwendung der neuen gesetzlichen Vorschriften zu tun haben, sehr willkommen sein. Die Darstellung berücksichtigt eingehend das gesamte einschlägige Material aus Literatur und Rechtsprechung, sie wird den Bedürfnissen der Praxis in jeder Weise gerecht und zwar ganz besonders durch gutgewählte Beispiele.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben erschien:

Schweitzer's Zettelausgabe

der bayer. Gesetze vom 22. Dezember 1903 und vom 20. August 1906, betr.

die Aenderung des Gebührengesetzes.

— Preis 50 Pfg. —

Diese Zettelausgabe soll zunächst zur bequemen Ergänzung der Wochingerschen Handausgabe der bayerischen Gebührengesetze dienen. Sie wird aber auch mit Nutzen bei anderen Ausgaben Verwendung finden.

Die Zettel sind nur auf einer Seite bedruckt, sodaß die einzelnen Artikel bequem abgetrennt und an den entsprechenden Stellen der betreffenden Ausgabe eingelegt oder eingeklebt werden können.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Karl Wochinger,

rechnungsführ. Kgl. Amtsgerichtssekretär in Nürnberg.

Bayerns Gebührengesetze

umfassend **das Gebührengesetz,**

die Hinterlegungs-Gebührenordnung,

die Gebührenvorschriften der Gerichtsvollzieher,

die Gebührenordnung der Rechtsanwälte

nebst einem Anhang

mit den Texten der Gebührenordnungen für die Notare und pfälz. Hypothekenämter, sowie einer Zusammenstellung älterer noch geltender Gebührenvorschriften, Tabellen und ausführlichem Sachregister. Handausgabe mit Erläuterungen. 8°. (XVI u. 429 S.) 1904. In Ganzleinen gebd. **Mk. 6.—.**

Blätter für das bayer. Finanzwesen. 1904. Nr. 1/2.

„... Die wichtigeren Gebührenbestimmungen sind in eingehender, volle Sachkenntnis bekundender Weise erläutert, wobei deren Motive wiedergegeben wurden und die gerichtliche Rechtsprechung sorgfältige Berücksichtigung fand."

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München




Jn jedem
Hause
wo gute Musik
gepflegt wird,
sollte eine
Haus-
Orgel
Amerik. Harmonium
zu finden sein.
Herrlich. Orgelton
Prächt. Ausstattung
Preis v. 78 Mk. an
Jllustr. Katalog gratis
Alois Maier
Hoflieferant
Gegr. 1846
FULDA 52
105

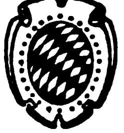


Nr. 22. München, den 15. November 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

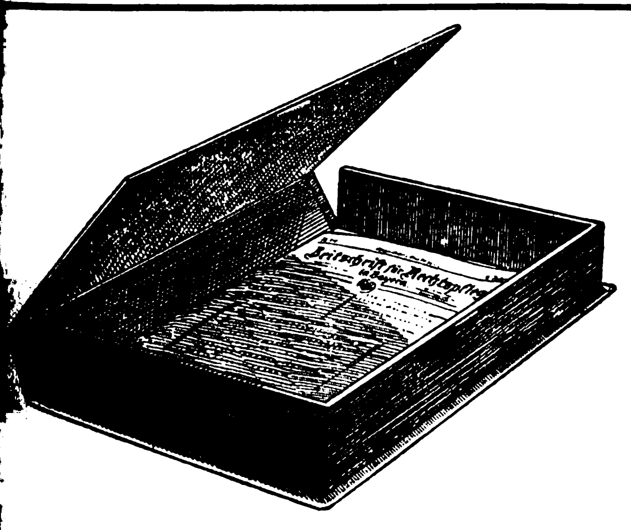
Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

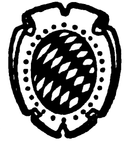


Nr. 23. München, den 1. Dezember 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Kein Praktiker,

der in Zweifelsfällen rasche Orientierung wünscht, soll

ohne

Müller und **Meikel**

Das bürgerliche Recht

des Deutschen Reichs

Systematisch dargestellt und durch Beispiele erläutert

— 2. vollständig umgearbeitete Auflage —

arbeiten. Der Zweck des Werkes, das bürgerliche Recht speziell für die Bedürfnisse des Praktikers darzustellen, ist durch die übersichtliche Stoffanordnung, durch umfassende Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung, eingehende Sach- und Quellenregister erreicht worden.

2 Bde. 1880 Seiten. Brosch. Mk. 18.—, gebd. Mk. 20.—.

Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 25. H. 12.

Das zweibändige Werk soll vor allem praktischen Bedürfnissen gerecht werden. Und diese Aufgabe ist sicher gelöst.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben ist erschienen:

Handbuch für die Anwaltskanzlei

zusammengestellt, herausgegeben und zu beziehen vom

Bezirksverband München

des Bayer. Rechtsanwaltsgehilfen-Verbandes.

Das Handbuch enthält, als Muster ausgefüllt, alle ständig in der Anwaltskanzlei vorkommenden Formulare. Dieselben sind mit dem nötigen Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen und die zum Ansatz kommenden Anwalts- und Gerichtsgebühren versehen. Außerdem enthält das Handbuch ein ausführliches Sachregister und eine Zusammenstellung der Paragraphen der Prozeßordnungen mit Hinweis auf die einzelnen Formulare.

Der Preis des Handbuchs beträgt 3.50 Mk.



Soeben erschien:

Die polizeilichen und steuerrechtlichen

Bestimmungen

für

Kraftfahrer

mit besonderer Berücksichtigung der bayer. Verhältnisse,

zusammengestellt mit Einleitung und Sachregister versehen von

Dr. F. Engelhart.

Kl. 8°. 72 Seiten. Kart. Mk. 1.50.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München



Kirkings

Renommée-Marke

MIZI

Probezehntel M. 3.60

ohne Porto.

Sumatra Deckblatt

Brasil Einlage

erfreut sich grösster Beliebtheit.

Joh. Kirking,

nachweisbar grösste u. älteste holländische Cigarren- u. Tabakfabrik in

ORSOY 89b

an der holländischen Grenze.

═══ Gegründet 1872. ═══

Zahlreiche Lösungen von Staatskonkursaufgaben enthält die

Juristische Monatschrift

zur Vorbereitung auf die Prüfungen für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in Bayern.

Herausgegeben unter Mitwirkung mehrerer Juristen von

Dr. Heinrich Becher,

K. Landgerichtsrat.

Die Jurist. Monatschrift erscheint seit 1. Januar 1900 nicht mehr. Die veröffentlichten 9 Jahrgänge behalten jedoch auf Jahre hinaus ihren Wert als vorzügliches Vorbereitungsmittel für den Staatskonkurs. Um die Anschaffung zu erleichtern, wurde der Preis, der für die ganze Serie im Abonnement Mk. 90.— betrug, bedeutend herabgesetzt. Solange die zum Teil geringen Vorräte reichen, kosten:

Die Jahrgänge I—IX (1891/99) zusammen **Mk. 15.—**

Einzeln kosten die Jahrgänge I—III à **Mk. 2.50.**

„ „ „ „ IV—IX à **Mk. 1.50.**

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

Soeben erschien:

Josef Neumiller,

Rat am K. Landgerichte München I.

Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich

vom 30. Januar 1877.

In der Fassung der Bek. v. 20. Mai 1898 mit den Abänderungen des RG. vom 5. Juni 1905.

Handausgabe mit Erläuterungen und besonderer Berücksichtigung der Bayerischen Gesetzgebung und Rechtspflege und einem Anhange enthaltend einen Auszug aus dem Gerichtsverfassungsgesetz.

Zweite umgearbeitete Auflage.

2. Lieferung. 8°. 160 Seiten. **Mk. 2.40.**

Die neue Auflage erscheint in bedeutend kleinerem Format, um einen billigen Preis und größere Handlichkeit zu erzielen; der Umfang wird, ohne am Inhalt selbst Streichungen vorzunehmen, möglichst zusammengedrängt. Nach wie vor will das Buch eine knappe, bis heute fortgeführte Uebersicht der oberstrichterlichen Entscheidungen und der Bayerischen Justizverwaltungsvorschriften geben und somit den Bedürfnissen der Rechtsprechung wie der Einführung in Letztere dienen. Die Anmerkungen bieten jedoch nicht bloß eine Aneinanderreihung der Entscheidungen, sondern stellen zufolge der Verweisungen und zahlreichen praktischen Bemerkungen eine förmliche, wenn auch knappe Kommentierung dar.

Der Umfang ist auf etwa 30 Bogen vermindert; der Preis wird nur etwa Mk. 8.— betragen. Die Ausgabe erfolgt in drei rasch aufeinanderfolgenden Lieferungen.

Wir hoffen, daß diese einzige bayerische Handausgabe der ZPO. in ihrer neuen Gestalt mit gleichem Beifall aufgenommen werden wird, wie die so geschätzte 1. Auflage, die vom K. Staatsministerium der Justiz für alle Gerichte angeschafft worden ist.

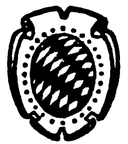
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) **München.**

Nr. 24. München, den 15. Dezember 1906. 2. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. II. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Inhalt:

Dieser Nummer ist beigegeben:

Das Register über den 2. Jahrgang (38 Seiten stark)



In den nächsten Tagen erscheint die erste Nummer der

Leipziger Zeitschrift

für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht

unter ständiger Mitwirkung von

Dr. **Behrend**, Regierungsrat im Aufsichtsamt für Privat-Versicherung in Berlin, Dr. **Bischoff**, Direktor der „Teutonia" in Leipzig, Dr. **Bolze**, Reichsgerichts-Senatspräsident a. D. in Leipzig, **Brodmann**, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg, Dr. **Georg Cohn**, Professor in Zürich, Dr. **Dorner**, Landgerichtspräsident in Karlsruhe, Dr. **V. Ehrenberg**, Professor in Göttingen, Dr. **Emminghaus**, Professor in Gotha, Dr. **Julius Gierke**, Professor in Königsberg i. Pr., Hofrat **Grünhut**, Professor in Wien, Dr. **Hachenburg**, Rechtsanwalt in Mannheim, **Hagen**, Landgerichtsrat in Berlin, Dr. **Hagens**, Reichsgerichtsrat, Kammergerichtsrat **Hartog** in Berlin, Geh. Justizrat Dr. **Kohler**, Professor in Berlin, Dr. **Kretzschmar**, Oberlandesgerichtsrat in Dresden, **Kurlbaum**, Rechtsanwalt beim Reichsgericht, Dr. **Lobe**, Oberlandesgerichtsrat in Dresden, Dr. **Mallmann**, Oberlandesgerichtsrat in Cöln, Dr. **Manes**, Professor in Berlin, **Meyn**, Reichsgerichtsrat, Dr. **Neukamp**, Oberlandesgerichtsrat in Cöln, Dr. **Pappenheim**, Professor in Kiel, Justizrat **Pinner** in Berlin, Dr. **Pollak**, Professor in Wien, Dr. **Rehbein**, Reichsgerichtsrat, Geh. Justizrat Dr. **Riesser**, ord. Honorarprofessor in Berlin, Dr. **Ritter**, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg, Dr. **Roelli**, Professor in Zürich, Geh. Regierungsrat **Samwer**, Direktor der Gothaer Lebensversicherungsbank, **K. Schneider**, Oberlandesgerichtsrat in Stettin, Dr. **L. v. Seuffert**, Professor in München, Justizrat Dr. **J. Stranz**, Rechtsanwalt in Berlin, Justizrat Dr. **Veit-Simon**, Rechtsanwalt in Berlin, Geh. Rat Dr. **Wach**, Professor in Leipzig, Dr. **Wolff**, Oberlandesgerichtsrat in Hamm

herausgegeben von

Dr. A. Düringer
Reichsgerichtsrat

Dr. E. Jaeger
Professor der Rechte in Leipzig

H. Könige
Reichsgerichtsrat

Halbjährlich 6 Hefte in Quartformat. Preis halbjährlich Mk. 10.—.

Wissenschaft und Praxis decken täglich neue Probleme auf, die im Geltungsgebiet der Nebengesetze des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu lösen sind. Vornehmlich gilt dies für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Eine Zeitschrift, die den schwierigen Aufgaben des Konkursrechts die gebührende Rücksicht widmet, haben wir in Deutschland nicht. Wenn die vorliegende das Konkursrecht in Verbindung mit dem Handelsrecht zu fördern bestrebt ist, so entspricht dies dem geschichtlichen wie dem inneren Zusammenhang beider Rechtsgebiete. Beschränkt auch das geltende deutsche Recht den Konkurs nicht mehr auf Kaufleute, so spielt doch naturgemäss der kaufmännische Konkurs auch bei uns die Hauptrolle. Das Versicherungsrecht aber steht in engster Beziehung zum Handels- wie zum Konkursrecht. Casco-, Transport-, Kredit- und Wertversicherung haben ihre Wurzeln ausschliesslich im Handelsrecht. Anderseits wirft der Konkurs des Versicherers und des Versicherten auf den wichtigsten Gebieten der Versicherung, wie bei der Lebens- und Unfallversicherung, Fragen von grösster Tragweite auf.

Die „Leipziger Zeitschrift" sucht ihre Aufgaben vor allem durch kürzere wissenschaftliche Abhandlungen und durch fortlaufende, nötigenfalls kritische Berichte über die Rechtsprechung sowie über sonstige ihren Leserkreis interessierende Vorkommnisse zu erreichen. Zugleich will sie über die Fortschritte der Gesetzgebung unterrichten und die Gesetzesvorbereitung fördern, indem sie der Behandlung wichtiger Reformfragen ihr Augenmerk zuwendet. Wiewohl in erster Linie dem deutschen Rechte dienend, will die „Leipziger Zeitschrift" auch über Inhalt und Anwendung der Handels-, Konkurs- und Versicherungsgesetze anderer Kulturstaaten berichten, um bedeutsame Errungenschaften des Auslandes für die Pflege und Fortbildung des einheimischen Rechts nutzbar zu machen. Kurze Bücheranzeigen werden über literarische Neuerscheinungen Aufschluss geben.

Für die ersten Nummern liegen u. a. Abhandlungen von **Bolze, Brodmann, Ehrenberg, Emminghaus, Hachenburg, Kohler, Kretzschmar, Pollak, Rehbein, Schneider, Seuffert, Veit-Simon** und **Wolff** vor.

Probenummern kostenlos!

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München

